

**LA REAFIRMACIÓN DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS  
COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD EN LEY 1437 DE 2011:  
UNA POSICIÓN PRIVILEGIADA DE LA ADMINISTRACIÓN  
PÚBLICA EN COLOMBIA FRENTE A LOS PARTICULARES**

**ESTUDIANTE**

**NATALIA BARRERA TORRES**

**DIRECTOR**

**ANDRÉS RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ**

*Línea de Investigación: “Reflexiones sobre el nuevo Código de  
Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso administrativo:  
influencias, estudios de derecho comparado, análisis de nuevas instituciones  
y de reconfiguración de las existentes”*

**UNIVERSIDAD DEL ROSARIO**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

**MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**Bogotá 2015**

## **SUMARIO**

### **INTRODUCCIÓN**

#### **PARTE I.**

**Los recursos administrativos como una faceta de la autotutela administrativa: facultad que resulta de la posición privilegiada de la Administración frente a los particulares**

#### **CAPÍTULO I**

**La efectividad del autocontrol de las decisiones administrativas y su desarrollo en la doctrina colombiana**

##### **SECCIÓN A**

**Desarrollo de la autotutela administrativa: características que justifican su establecimiento en el ordenamiento jurídico**

##### **SECCIÓN B**

**Importancia del autocontrol de las decisiones administrativas para el desarrollo del principio de buena gobernanza**

#### **CAPITULO II**

**Inactividad de la legislación colombiana en torno a la vía gubernativa<sup>1</sup>**

##### **SECCIÓN A**

**Desarrollo legislativo de los recursos administrativos, como requisito de procedibilidad en Colombia**

##### **SECCIÓN B**

**Posición jurisprudencial relativa al agotamiento de la vía gubernativa como requisito de procedibilidad. Pronunciamientos previos a la expedición de la Ley 1437 de 2011**

#### **PARTE II.**

**Reafirmación del trámite del recurso de apelación como requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción administrativa: ¿una**

---

<sup>1</sup> Utilizamos la expresión vía gubernativa porque así se denominó hasta la Ley 1437 de 2011, precepto modificó su nombre a recursos administrativos. No obstante para este capítulo consideramos pertinente desarrollar esta figura con el nombre que se usó hasta el 2012 pues nos referiremos a eventos anteriores a la expedición del nuevo Código administrativo y de lo contencioso administrativo.

**expresión de los propósitos del nuevo código administrativo y de lo contencioso administrativo?**

## **CAPÍTULO I**

**Aspectos relevantes que debieron influir en la decisión de reproducir el requisito de procedibilidad en la Ley 1437 de 2011**

### **SECCIÓN A**

**La eliminación del requisito de procedibilidad: una tendencia en un Estado posmoderno**

### **SECCIÓN B**

**El trámite de los recursos administrativos como requisito de procedibilidad: una herramienta que sirve al propósito de la descongestión judicial**

## **CAPITULO II**

**Razones que desdibujan los propósitos que fundamentan la expedición de la Ley 1437 de 2011, al reafirmarse la obligatoriedad de agotar los recursos administrativos para acudir a la jurisdicción administrativa**

### **SECCIÓN A**

**Coexistencia de dos requisitos de procedibilidad en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. ¿Una condena al fracaso de ambas herramientas?**

### **SECCIÓN B**

**La reafirmación del trámite de los recursos administrativos como requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción administrativa en la Ley 1437 de 2011: una perspectiva desde la garantía de la tutela judicial efectiva y del acceso a la justicia**

## **CONCLUSIÓN**

## **ANEXOS**

## INTRODUCCIÓN

La iniciativa legislativa que dio paso a la expedición de la Ley 1437 de 2011, por medio de la cual se expidió el nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, nace de la necesidad de modernizar este código y de establecer mecanismos más eficientes que garanticen los derechos de los particulares frente a las actuaciones de las autoridades públicas de acuerdo con la Carta de 1991. En términos del Consejero de Estado Mauricio Fajardo<sup>3</sup>, se asumió el reto *“de discutir, de elaborar, de proponer y de defender un código moderno que de manera ágil y actualizada regule entre otras cuestiones significativas: las actuaciones de las autoridades administrativas; las relaciones de los asociados con dichas entidades, que defienda y garantice la efectividad de los derechos de los particulares; que simultáneamente procure el funcionamiento idóneo, oportuno y adecuado de las instituciones y de las autoridades legítimamente constituidas; que contribuya de manera eficaz a la descongestión del aparato judicial de lo contencioso administrativo mediante el reconocimiento de derechos y de garantías en sede administrativa; que consagre procedimientos eficientes para el funcionamiento de la jurisdicción especializada en orden a lograr una administración de justicia eficiente, fuerte, respetada y respetable, todo ello consultado tanto en el marco constitucional adoptado en el año 1991, como los avances jurídicos y tecnológicos que el mundo moderno y globalizado pone al alcance de la sociedad colombiana”*.

En Colombia, la jurisprudencia y la doctrina han efectuado importantes pronunciamientos frente a los grandes paradigmas de este nuevo Código. Se dice, que con su expedición se alcanzó el propósito de actualizar este régimen a los preceptos constitucionales establecidos desde 1991, tarea que la jurisprudencia, tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, venía adelantando en vigencia del Decreto 01 de 1984.

De este modo, se destacan figuras como el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, aspecto polémico pues positivizó la vinculatoriedad del precedente jurisprudencial en las decisiones que adoptan las autoridades administrativas y se crearon herramientas para hacer efectivo este deber. De la misma manera, se han resaltado figuras como, la regulación

---

<sup>2</sup> Frase expuesta por el doctor Oscar José Dueñas Ruiz en la clase argumentación jurídica en primer semestre de la Maestría de Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario -2012.

<sup>3</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y CONSEJO DE ESTADO, *Memorias del Seminario Internacional de Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011*, Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, 2011. Página 16.

de los medios electrónicos y la oralidad en el trámite del proceso contencioso administrativo.

No obstante, aspectos que se mantuvieron del viejo estatuto, olvidados en esta reforma y que a nuestro juicio podrían debilitar los buenos propósitos que tuvieron sus precursores y el legislador al aprobar el texto legal, no han despertado fuertes inquietudes en la doctrina.

En razón a lo expuesto, hemos elegido como objeto de nuestra investigación la Ley 1437 de 2011 en lo pertinente a la reafirmación de la obligatoriedad de agotar el recurso de apelación como un requisito de procedibilidad para poner en marcha el aparato judicial.

La problemática que aborda este trabajo comprende el análisis de las implicaciones y del significado de la reafirmación del trámite de los recursos administrativos como un requisito de procedibilidad, que el particular debe agotar para poder acudir a la jurisdicción administrativa en aras de ventilar una controversia originada en una decisión adoptada por una autoridad pública.

El propósito de mantener incólume<sup>4</sup> la obligación de tramitar el recurso de apelación como requisito de procedibilidad es lejano a los verdaderos fines perseguidos por esta institución, esto es, la de proporcionar herramientas a las autoridades públicas a fin de que garanticen, en forma efectiva, los derechos constitucionales de los particulares durante la actuación administrativa, sin que el juez intervenga.

Es innegable que las autoridades administrativas son el primer actor en el “diálogo social” y por esta razón, desde el momento en que se inicia la actividad administrativa hasta que finaliza, deben proteger y garantizar los derechos de los ciudadanos partiendo de una Administración que a la luz de un Estado constitucional debe “servir” a los ciudadanos. Aquí, el trámite de los recursos administrativos es una herramienta que permite cumplir aquella finalidad, al tiempo que cumple el propósito que más interesa al legislador, “descongestionar” los despachos judiciales.

Resulta claro, de acuerdo con lo expuesto por los ponentes de esta reforma, que la expedición de Ley 1437 de 2011, se originó a partir de la necesidad de adecuar los preceptos normativos que regulan la actividad administrativa a los presupuestos constitucionales establecidos en la Carta de 1991. No obstante, surge una inquietud respecto de la manera como la obligatoriedad del agotamiento de los recursos administrativos traduce las características y las nuevas tendencias de un Estado Social de Derecho, pues a nuestro juicio, *contrario sensu* esto confirma el sometimiento del ciudadano a la Administración y se desdibuja la intención de crear herramientas tendientes a la garantía efectiva del derecho al acceso de la administración de justicia y a

---

<sup>4</sup> Artículos 74 ss. y 93 ss. de la Ley 1437 de 2011.

mantener el equilibrio entre los privilegios de la Administración y los intereses de los ciudadanos.

Uno de los retos de la Administración a la luz de la Constitución de 1991, es que cada una de las actuaciones, se adelanten en armonía con los principios rectores de la gestión pública permitiendo que su actuar sea eficaz y garantista, evitando que los ciudadanos tengan que poner en marcha el aparato jurisdiccional, lo que es distinto a retardarlo<sup>5</sup>.

Definitivamente, el llamado que debe hacerse a la Administración en el marco de un Estado Social de Derecho, es que brinde seguridad y confianza a los particulares y para ello, el legislador debe crear herramientas que permitan el eficiente ejercicio de los derechos constitucionales de los particulares en relación con las decisiones que adoptan las autoridades públicas, entre otros aspectos que no abordaremos en esta investigación.

En efecto, la garantía de la tutela judicial efectiva se materializa a través de la eliminación de barreras que impiden el acceso a la jurisdicción administrativa, como es el caso de los requisitos de procedibilidad, lo cual permite un equilibrio entre la interrelación de las garantías del ciudadano con las prerrogativas de la administración pública.

En fin, la propuesta es que el trámite de los recursos administrativos se establezca como un derecho y no como una obligación.

Bajo este escenario, nos ha surgido el siguiente interrogante: ¿los recursos administrativos reafirmados en la Ley 1437 de 2011 como un requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción administrativa, constituyen una herramienta que cumple con los propósitos del legislador en el sentido de armonizar el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo con los postulados de la Carta de 1991 o, su reafirmación confirma que se trata de un instrumento al servicio de la Administración que privilegia el propósito de descongestionar la jurisdicción?

Para resolver este interrogante, nos hemos propuesto como objetivo general, analizar, la importancia y la necesidad de mantener en la Ley 1437 de 2011, la obligación de tramitar los recursos administrativos como requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción administrativa.

Para ello, daremos una mirada atrás, exactamente al momento en que se estableció la conciliación administrativa como otro requisito de procedibilidad que debe agotar el particular para someter una controversia, suscitada con una autoridad pública, al conocimiento del juez administrativo. En este contexto, se propone analizar si el fracaso de la conciliación administrativa obedece al trámite obligatorio de los recursos administrativos que fueron rechazados previamente.

---

<sup>5</sup> En este sentido: SANTOFIMIO GAMBOA Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.

Pretendemos establecer si estos dos requisitos de procedibilidad materializan los principios constitucionales de la Carta de 1991 y las nuevas tendencias del ordenamiento jurídico que exige el Estado Social de Derecho.

Para alcanzar este objetivo general, es preciso realizar un análisis respecto de la posibilidad de que simultáneamente, este requisito de procedibilidad pueda garantizar el ejercicio de los derechos e intereses constitucionales de los particulares y al tiempo servir a la Administración para que pueda corregir sus propios errores sin intervención del Juez.

Ahora bien, podría pensarse que este debate, ya ha sido agotado tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, sin embargo tratadistas como Gustavo Penagos<sup>6</sup>, Diego Younes Moreno<sup>7</sup>, entre otros, han concluido que los recursos administrativos establecidos como requisito de procedibilidad tienen esa doble connotación. Posición que no compartimos pues a nuestro juicio, son dos finalidades lejanas entre sí.

En contraste, en el marco de un Estado Social de Derecho, autores como Enrique Gil Botero<sup>8</sup> han puesto de presente que las características de esta forma de Estado han obligado a la revisión de ciertas herramientas del tradicional actuar de la Administración. En igual sentido, tratadistas como Gustavo Aponte Ramos<sup>9</sup> y Rocío Araujo Oñate<sup>10</sup> estiman que el requisito de procedibilidad, como obligación para el ciudadano, lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva en su faceta del acceso a la administración de justicia.

Bajo este escenario, resulta necesario determinar si los recursos en sede administrativa son una herramienta que continúa privilegiando la descongestión judicial y que desdibujan el dialogo entre la Administración y el ciudadano.

El análisis propuesto, permitirá que al finalizar la presente investigación podamos sostener algunas de las siguientes hipótesis: (i) el trámite de los recursos administrativos reproducidos en el nuevo código como un requisito de procedibilidad para poner en marcha el aparato judicial, afianza las herramientas que privilegian a la administración pública y entorpecen el “dialogo social”. (ii) El establecimiento de los recursos administrativos y de la conciliación administrativa, son mecanismos que de manera independiente cumplen con el propósito de brindarle al ciudadano la posibilidad de resolver

---

<sup>6</sup> PENAGOS Gustavo, *Vía gubernativa*. Ediciones Doctrina y Ley, Tercera Edición, Bogotá, 2005. Ver también: PENAGOS Gustavo, *Nuevas tendencias del derecho administrativo a principios del siglo XXI*, volumen 106, Vniversitas, ISSN 0041-9060, 2003.

<sup>7</sup> YOUNES MORENO Diego, *Vía Gubernativa-Conciliación-Arbitramento: una compilación temática y jurídica para la descongestión en lo contencioso administrativo*, Colección Reformas en la Rama Judicial, Gtz, Bogotá 2008.

<sup>8</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y CONSEJO DE ESTADO, *Memorias del Seminario Internacional de Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011*, Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, 2011

<sup>9</sup> Misión de Cooperación Técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés, *Memorias del Seminario Franco-Colombiano sobre la Reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá julio 2008.

<sup>10</sup> Revista Estudios Socio -Jurídicos Universidad del Rosario volumen 13 número 1 ISSN 01240579 ISSNé21454531 Bogotá junio de 2011.

los conflictos con la administración pública de manera eficaz. (iii) Es evidente, que el interés del legislador por crear herramientas que persiguen la descongestión judicial y no por crear mecanismos eficientes para resolución de conflictos entre los ciudadanos y la administración pública. (iv) El recurso administrativo establecido como una obligación para demandar, lesiona la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva. Por lo tanto, replicar este requisito en el nuevo código impide la materialización del propósito de adecuar el estatuto a los preceptos constitucionales de la Carta de 1991 y a los presupuestos de un Estado social de Derecho que implica una Administración al servicio del ciudadano.

Para desarrollar esta investigación, hemos seleccionado metodologías principalmente cualitativas entre las que se destaca el método analítico. Con este fin, se revisaron las siguientes fuentes primarias, que son principalmente fuentes formales del derecho, tales como: (i) el texto de la Ley 1437 de 2011, (ii) los antecedentes legislativos que contienen los motivos expuestos por el legislador al expedir esta Ley y en concreto, los que explican la decisión de reafirmar los recursos administrativos como un requisito de procedibilidad. Específicamente, se revisó la Gaceta del Congreso No 1210 de 2009, (ii) los códigos administrativos anteriores (Ley 130 de 1913, ley 167 de 1941, Decreto 2733 de 1959, Ley 58 de 1982, Decreto 01 de 1984, Decreto 2304 de 1985) sobre los cuales observaremos la evolución o pasividad en la legislación Colombiana de la vía gubernativa; (iii) la jurisprudencia de la Corte Constitucional desde sus primigenias sentencias en sede de tutela, con el propósito plasmar una problemática evidenciada por esta Corporación en el sentido de que los recursos administrativos no son resueltos por las autoridades administrativas refugiándose en la prerrogativa que proporciona los efectos del silencio administrativo negativo y por lo tanto la Corte Constitucional tuvo que aplicar el núcleo esencial del derecho de petición. De la misma manera, analizamos algunas sentencias de control abstracto de constitucionalidad y pronunciamientos del Consejo de Estado para exponer la manera como definen la vía gubernativa hasta antes de la expedición de 2011, pues se trata en este capítulo de analizar aspectos que debieron influir en la decisión de reafirmar este requisito de procedibilidad.

Además, se revisaron las siguientes fuentes secundarias: libros, tratados y artículos indexados, que conforman la doctrina nacional y extranjera, los cuales desarrollan la importancia y el significado que han tenido los recursos administrativos como una forma de autocontrol de las autoridades públicas, una prerrogativa de la Administración y como una oportunidad para que el ciudadano solicite la revisión de una decisión administrativa sin tener que acudir al juez.

También, la doctrina colombiana expedida durante la vigencia de los códigos administrativos para abordar las inquietudes que se hubieran podido generar en esta materia y la atención que se dio por parte del legislador al respecto.

Buscamos en la doctrina extranjera la naturaleza de los recursos administrativos en la teoría de la autotutela administrativa para respondernos



el siguiente interrogante: ¿para qué fue creada esta figura? De esta manera, analizaremos si los recursos administrativos siempre han sido constituidos como un requisito de procedibilidad y cuál ha sido la finalidad del legislador al hacerlo.

Así mismo, a través de un método teleológico subjetivo, realizaremos un análisis interpretativo respecto de los propósitos del legislador, al reafirmar el trámite obligatorio de los recursos administrativos. Luego, nos proponemos recolectar literatura relativa a las nuevas tendencias de un Estado Social de Derecho para contrastar este requisito de procedibilidad con las características y retos actuales del Derecho administrativo.

De otra parte, como quiera que antes de la expedición de la Ley 1437 de 2011, se estableció como otro requisito de procedibilidad la conciliación administrativa, analizamos en documentos legales y en la doctrina, las razones y finalidades perseguidas por el legislador al imponer al ciudadano otra carga, antes de que el juez pueda dirimir una controversia.

Para ello, hemos formulado un derecho de petición a la Procuraduría General de la Nación a fin de analizar, a partir de un método cualitativo, la efectividad de la conciliación administrativa en un periodo determinado (2010 a 2011), en casos en donde se pretende incoar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho como acción que requiere el agotamiento previo del recurso de apelación.

Diseñamos un plan de trabajo dividido en dos partes. En la primera, analizaremos la doble connotación dada por la doctrina a los recursos administrativos, la evolución, la efectividad y la importancia de los mismos, de cara a los privilegios de la administración pública. Además, realizaremos una reseña de las modificaciones que el legislador ha efectuado a esta herramienta de autocontrol de las decisiones administrativas y, para ello nos referiremos al desarrollo jurisprudencial en esta materia para evidenciar problemas que advertían ya una ineficiencia de los recursos administrativos.

En la segunda parte, nos hemos propuesto establecer si la reafirmación del agotamiento del recurso de apelación como requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción administrativa, traduce los propósitos del legislador al expedir el nuevo código administrativo y de lo contencioso administrativo. Para tal efecto, señalaremos los aspectos que debieron considerarse en esta reforma, en el marco de las tendencias de un Estado Social de Derecho y de la problemática de la congestión judicial que intenta afrontar el legislador.

De igual forma, señalaremos las razones que nos permitirán constatar que los propósitos del legislador se desdibujan al mantener la obligatoriedad de agotar los recursos administrativos para que el particular pueda someter una controversia a la jurisdicción administrativa.

En este sentido, nos referiremos a las implicaciones de la coexistencia de los recursos administrativos y la conciliación administrativa como requisito de

procedibilidad y daremos una mirada a esta institución desde la óptica de la garantía de la tutela judicial efectiva y del acceso a la justicia.

Antes de comenzar el desarrollo del cuerpo de la tesis, estimamos importante plasmar el resultado de la revisión bibliográfica elaborada previamente.

En la doctrina<sup>11</sup>, principalmente la nacional, se desarrolla la naturaleza de los recursos administrativos y se sostienen que en forma simultánea, se constituyen como: (i) una garantía a los derechos de los ciudadanos, por cuanto permiten que aquellos puedan controvertir las decisiones evitándose un largo proceso en la jurisdicción administrativa; (ii) un privilegio para la Administración, ya que a través de los recursos las autoridades administrativas, pueden revisar sus propias decisiones y corregir los errores en los que incurrió, sin que el juez intervenga y (iii) una herramienta que favorece la descongestión judicial.

En contraste, en la doctrina internacional se ha considerado ambiguo sostener que los recursos administrativos de una parte, garantizan los derechos de los ciudadanos y al tiempo puedan privilegiar a la Administración.

Sobre este particular, tratadistas como el profesor Ramón Parada<sup>12</sup> consideran contrario a la finalidad garantista de los ciudadanos la connotación de privilegio para la administración que se ha dado al trámite del recurso administrativo “*pues con el filtro puede retrasar en su favor-mientras ella misma no resuelve los recursos o reclamaciones- en el enjuiciamiento por los Tribunales de sus actos y conductas*”. Sostiene, que el nivel de garantía que genera una herramienta judicial se mide de acuerdo a la manera como se incline la balanza hacia una de las dos perspectivas de los derechos de los ciudadanos.

Sobre este particular, el tratadista Aponte Ramos<sup>13</sup>, se refirió a los retos que debe afrontar la Administración frente al respeto por los derechos

---

<sup>11</sup> En este sentido PENAGOS Gustavo, *Vía gubernativa*. Ediciones Doctrina y Ley, Tercera Edición, Bogotá, 2005. Ver también: PENAGOS Gustavo, *Nuevas tendencias del derecho administrativo a principios del siglo XXI*, volumen 106, Universitas, ISSN 0041-9060, 2003. YOUNES MORENO Diego, *Vía Gubernativa-Conciliación-Arbitramento: una compilación temática y jurídica para la descongestión en lo contencioso administrativo*, Colección Reformas en la Rama Judicial, Gtz, Bogotá 2008. ARBOLEDA PERDOMO Enrique José, Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 1ª Edición actualizada, Bogotá 2011 y 2ª Edición actualizada, Bogotá 2012. SANTOFIMIO GAMBOA Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo Tomo II*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006. PALACIO HINCAPIÉ Juan Ángel, *Derecho Procesal Administrativo*, 2 Edición, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Medellín 2000. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ Libardo, *Derecho Administrativo General y Colombiano*, 17ª Edición, Editorial Temis S.A., Bogotá 2011. RORIGUEZ RODRIGUEZ Libardo, *Jean Riveró, Páginas de Derecho Administrativo, Libro Homenaje*, Editorial Temis S.A. y Universidad del Rosario Maestría en Derecho Administrativo, Bogotá, 2002. BETANCUR JARAMILLO, Carlos, *Derecho Procesal Administrativo. En concordancia con la nueva Constitución*, 3a Edición, Bogotá, 1992. GALINDO VÁCHA Juan Carlos, *Lecciones Derecho Procesal Administrativo volumen II*, Edición 1, Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas, Colección *Discentibus auxilia No 1*, Bogotá 2006. VIDAL PERDOMO Jaime, *Jean Riveró, Páginas de Derecho Administrativo Libro Homenaje*, Editorial Temis S.A. y Universidad del Rosario Maestría en Derecho Administrativo, Bogotá, 2002. VEGA DE HERRERA Mariela, *Derecho Procesal Administrativo*, 3ª Edición, Leyer, Bogotá 2010.

<sup>12</sup> PARADA VÁSQUEZ Ramón, *Derecho Administrativo I Parte General*, 15ª Edición, Marcial Pons, Madrid, 2004.

<sup>13</sup> Ob.cit. Misión de Cooperación Técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés, *Memorias del Seminario Franco-Colombiano sobre la Reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá julio 2008.

fundamentales. Para desarrollar este tema, adopta como punto de partida la relación jurídica entre la Administración y el ciudadano, bajo el panorama actual de las actuaciones administrativas, que se caracteriza por los siguientes aspectos: (i) no se resuelven las peticiones que elevan los ciudadanos, y de hacerlo, frecuentemente se niegan derechos que claramente tiene el peticionario, de ahí que nace la carga al particular de acudir al juez para que en sede judicial se reconozcan sus derechos, trasladando a la administración de justicia la definición del conflicto y creando un factor adicional de congestión judicial; (ii) los esquemas antiguos y desactualizados a la constitución de 1991 y el claro desconocimiento de las tendencias actuales del derecho administrativo como es una nueva estructura de administración pública flexible a la cual se suma una fuerte tendencia privatista y por otro lado, el establecimiento de principios constitucionales orientadores de la función pública, en los que a su vez convergen dos filosofías distintas: *“la primera, altamente eficientista, que conduce a una administración con visión economicista y tecnocrática, la cual se evidencia en los desarrollos legales y las prácticas administrativas utilizadas hoy; la segunda una filosofía garantista que por el momento no se ha logrado consolidar”*; (iii) se visualiza una tensión en la aplicación de los principios de eficiencia, economía y celeridad frente a la buena fe, a la dignidad humana, a la igualdad y a la participación lo cual conlleva a la vulneración a los derechos fundamentales.

Bajo lo expuesto, el profesor Gustavo Aponte propone el siguiente interrogante: *“¿cómo hacer efectivo, por parte de la administración el respeto de los derechos fundamentales dentro del nuevo esquema constitucional?”*.

La solución a este cuestionamiento, se resuelve partiendo de la realidad protagónica de nuestra administración pública, a la cual el legislador ha dotado de herramientas para reconocer los derechos que reclaman los particulares. En efecto, están llamadas a reevaluarse herramientas que permiten la inactividad, tales como el silencio administrativo negativo y el establecimiento de instancias que retrasan la intervención del juez.

Solo así, se lograría una actividad administrativa eficiente y garante, y de esta forma la jurisdicción administrativa adquiere el carácter residual anhelado.

Se ha ido reevaluando el concepto de la favorabilidad de los recursos en sede administrativa en el fortalecimiento de la confianza de los ciudadanos en las autoridades públicas, la cual se genera por las características del trámite de los recursos como es el control jerárquico. Pues, vale la pena preguntarse ¿cómo puede generar confianza un trámite en el que el sujeto que controla actúa como juez y parte<sup>14</sup>?

Merece la pena destacar, una reflexión que propone el tratadista Ricardo Uvalles<sup>15</sup> relativa a los nuevos retos de la administración pública contemporánea y a las transformaciones que por lo tanto está llamado el derecho administrativo a realizar.

---

<sup>14</sup> DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, 3 edición, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994.

<sup>15</sup> UVALLE BERRONES, Ricardo, Condiciones, procesos y tendencias de la administración pública contemporánea *Convergencia*, Vol. 16, Núm. 49, enero-abril, 2009, pp. 73-102 Universidad Autónoma del Estado de México Toluca, México. <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=10504904>.

Al respecto, considera que el concepto de la relación entre la Administración y el ciudadano tiene que cambiar porque este último, se convierte en un cliente dentro de la nueva forma de gobernanza y por lo tanto adquiere mayor relevancia la agilidad de la gestión administrativa, los resultados finales, y la forma cómo se mide el desempeño. Esta nueva forma de gobernanza se preocupa más por la calidad de los resultados.

En ese contexto, frente al dialogo social, la nueva forma de administración pretende acercar al ciudadano con la administración pública a través de mecanismos más abiertos y facultativos.

Estas reflexiones, pueden permitirnos concluir si el establecimiento de los requisitos de procedibilidad son mecanismos que sirven a los retos de la nueva administración pública y por lo tanto es necesario que se reevalúen aquellos que son obligatorios.

Otro aspecto del trámite de los recursos en sede administrativa, que ha sido destacado en la doctrina como positivo, radica en el favorecimiento al propósito de la descongestión judicial. Al respecto, consideramos que el legislador ha creado múltiples medidas con la finalidad de superar este problema y ha impuesto al ciudadano cargas procesales en el evento que pretenda someter un conflicto a la decisión de un Juez de la República, tales como la conciliación administrativa.

Este mecanismo fue desarrollado por el profesor Diego Younes<sup>16</sup>, quien ha considerado que constituye otra oportunidad para que el ciudadano que fracasó en el agotamiento de los recursos administrativos, pueda intentar conciliar con la autoridad pública aspectos que son susceptibles de ello. En relación con lo anterior, proponemos el siguiente interrogante ¿de qué manera la política adoptada por una autoridad pública al desatar los recursos administrativos, puede cambiar según el escenario, sede administrativa o centro de conciliación?

Es preciso destacar de la publicación de este autor, el análisis estadístico realizado frente a la utilidad de la conciliación administrativa que arroja resultados positivos en relación con el ahorro en condenas para la administración, debido a la mayoría de conflictos conciliados. No obstante, aquí no se logra determinar, si dicho éxito en las conciliaciones extrajudiciales administrativas es el mismo en asuntos dentro de los cuales, previamente han fracasado los recursos administrativos.

También, la doctrina extranjera ha desarrollado otra finalidad que podría pensarse persigue el trámite de los recursos administrativos, relativa a la posibilidad de garantizar el derecho a la contradicción. Frente a este tema, los maestros Dromi y García de Enterría consideran que la manera efectiva de

---

<sup>16</sup> YOUNES MORENO Diego, *Vía Gubernativa-Conciliación-Arbitramento: una compilación temática y jurídica para la descongestión en lo contencioso administrativo*, Colección Reformas en la Rama Judicial, Gtz, Bogotá 2008.

garantizar este derecho es eliminando los obstáculos que entorpecen el normal acceso a la administración de justicia.

Al respecto, la profesora Rocío Araujo, estima que los elementos que conforman el núcleo esencial de las garantías del acceso a la justicia y de la tutela judicial efectiva, *“comprende la posibilidad de acceder en condiciones de igualdad y sin obstáculos ni barreras desproporcionadas a un juez o tribunal independiente e imparcial, frente al cual se puedan ejercer todas las garantías que se desprenden del derecho al debido proceso, a fin de obtener dentro de un plazo razonable la debida protección del Estado”*.

En ese marco, conviene reflexionar respecto de si el derecho administrativo colombiano está respondiendo a estas características, al establecer requisitos de procedibilidad para habilitar al ciudadano la posibilidad de acudir al juez administrativo.

En este sentido, la tratadista Araujo considera que *“la complejidad de los procedimientos o de las condiciones de tiempo, modo y lugar exigidas por el legislador restringen la capacidad de alcanzar el goce efectivo de los derechos cuya protección se busca al acudir a las instancias judiciales”<sup>17</sup>*.

A manera de conclusión: la tendencia de la doctrina colombiana se inclina a considerar que el trámite de los recursos administrativos en forma simultánea, constituyen un beneficio para la administración pública y una garantía para los ciudadanos. Esto, a nuestro juicio obedece a la dificultad que se tiene para alejarse de los viejos conceptos que permitían pensar que la única manera de garantizar el interés general era a través del sometimiento de los particulares quienes ya habían decidido ceder su individualidad en pro del bien común. Sin embargo, en la evolución de estos conceptos durante la adopción de nuevos modelos de Estado, se ha agregado el favorecimiento de estas herramientas a los particulares. Es como si se expresara: “ah, los recursos también son una garantía de los derechos de los ciudadanos, pues permiten el derecho de contradicción de las decisiones públicas y le evitan un proceso judicial”.

---

<sup>17</sup>Ob. cit. ARAUJO Rocío en Revista Estudios Socio -Jurídicos Universidad del Rosario, pág. 259.

## PARTE I.

### **Los recursos administrativos una expresión de la autotutela administrativa: facultad que resulta de la posición privilegiada de la Administración frente a los particulares**

Para comenzar desarrollaremos la naturaleza de los recursos administrativos a partir del concepto de autotutela administrativa. Ello, porque consideramos que no podemos referirnos al recurso de apelación como requisito de procedibilidad, sin antes señalar ¿qué son los recursos administrativos? y ¿para qué se crearon?

Los recursos administrativos constituyen un mecanismo que permiten a la Administración que en su propia sede, pueda modificar una decisión previamente adoptada. Esta posibilidad, se encuentra justificada en el concepto de la autotutela administrativa lo cual constituye una posibilidad que se deriva de la posición privilegiada de la Administración en el marco de las relaciones con los particulares.

Siguiendo al maestro García de Enterría<sup>18</sup>, esta posición que tiene la Administración, depende no solamente de su actividad formal o material (*administrar*), entendida como toda actividad que difiere, de la de legislar o juzgar, según el contexto histórico y los aspectos culturales y sociales del grupo social.

La posición de la Administración en el derecho, depende de su personificación que *“es el único factor que permanece siempre, que no cambia como cambian los órganos y las funciones”*. De ahí, que el derecho administrativo regula las relaciones jurídicas y administrativas entre la Administración y un particular o con otra autoridad pública.

Al respecto, sostiene el profesor MERKL *“Es posible pensar, por lo tanto, en una administración sin derecho administrativo, pero no en un derecho administrativo sin administración”*<sup>19</sup>. Es que la Administración, existe como una consecuencia natural de surgimiento del Estado en cualquiera de sus formas y por mucho tiempo actuó sin encontrarse sometida a preceptos legales que indicaran lo que le es permitido hacer.

Ahora bien, al someterse a la Administración a un derecho como un sujeto, se vincula a las reglas de comportamiento que tenemos todos aquellos que conformamos la sociedad, sin embargo, al establecerse un ordenamiento jurídico especial para regular el comportamiento y la relaciones con las autoridades públicas, se conservan elementos necesarios para que puedan

---

<sup>18</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, 12ª edición, Editorial Temis, Bogotá, 2008. Pág 4.

<sup>19</sup> MERKL Adolf, *Teoría General del Derecho Administrativo*, 2004. Pág 202.

garantizar el cumplimiento de su fin último, aquel que determina su existencia y que ha variado según la forma de Estado adoptada.

La forma de resolver los conflictos que se puedan presentar entre la Administración y un particular se encuentra dentro de una regulación especial aunque se parte de que ambas partes tiene personificación, es decir que para el derecho ambos son sujetos de derechos y obligaciones pero no son “medidos con la misma vara”. Por ello, es preciso desarrollar las características de ambas partes.

Por su parte, la Administración “*personifica el poder del Estado*” porque administra el interés general. Esto ha justificado que tenga algunas facultades excepcionales de las que no disfrutaban los particulares. Tales privilegios permiten que la Administración dentro de una relación con el particular, unilateralmente pueda crear, modificar o extinguir derechos (artículo 87ss Ley 1437 de 2011); ejecutar sus propios actos administrativos sin necesidad de acudir a la jurisdicción administrativa (artículo 48 Ley 1437 de 2011); revocar sus propias decisiones (artículo 93 de la Ley 1437 de 2011) y una de las más controversiales derivadas de la presunción de legalidad de los actos administrativos (artículo 88 del Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo vigente) que conlleva entre otras cosas, a que sean los particulares quienes tengan la carga de controvertirlo en la jurisdicción administrativa.

Frente a los particulares, diremos solamente que están sometidos al interés general y a las decisiones que adopte la Administración.

En efecto, en la resolución de un conflicto con una autoridad pública, los ciudadanos soportan una carga, la de demandar, para lo cual deben previamente deben: (i) agotar el recurso de apelación cuando procede, lo que en el Decreto 01 de 1984 se denominaba agotamiento de la vía gubernativa y en la Ley 1437 se denominó trámite de recursos administrativos y (i) tramitar la conciliación administrativa.

Al respecto, estima la doctora Sandra Morelli<sup>20</sup> que es aceptable que en el proceso administrativo no exista una igualdad entre las partes y que la Administración ostente una posición privilegiada al ejercer el rol de Juez y parte. Sin embargo, considera que en el proceso judicial, si hay una igualdad pues están frente a un Juez tercero e imparcial que dirime el litigio y quien deberá “*ceñirse al principio de legalidad sin que le sea dable consideración alguna sobre la oportunidad o conveniencia de la decisión que beneficie al particular*”.

Frente a los privilegios de la Administración, Jaime Betancourt Cuartas recordó<sup>21</sup> dos aspectos antagónicos que para el momento en que su publicó su obra inquietaban a la doctrina administrativa: “*las prerrogativas de la*

---

<sup>20</sup> MORELLI RICO Sandra. *La participación en el procedimiento administrativo y en el proceso contencioso administrativo*. Temas de derecho público No 40, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1996. Pág. 23

<sup>21</sup> En memorias del primer congreso nacional de derecho administrativo realizado en Medellín del 9 al 13 de junio de 1980.

*administración y garantía del particular*”. Ello, para este ex Consejero de Estado eran importantes, pues la finalidad era lograr que el “*privilegio administrativo dejara de ser arbitrio para convertirse en una pieza lógica de un ordenamiento jurídico*”.

Como quiera que uno de los privilegios de la Administración radica en la facultad de ejercer un autocontrol de sus decisiones a continuación nos referiremos a la importancia que tiene para el cumplimiento de los fines de la administración pública.

A propósito de la posición privilegiada de la Administración en el ámbito del derecho administrativo respecto de los particulares, merece la pena desarrollar las potestades que hacen que la Administración se rija por un grupo de “*privilegios en más*” y por unas limitaciones “*privilegios en menos*”<sup>22</sup>.

Los “*privilegios en más*” se materializan en una serie de potestades que tiene la Administración, para efectos de este trabajo únicamente nos referiremos a los privilegios dentro de un contexto de la expedición del acto administrativo y la posibilidad de que sea la misma Administración quien controle su propio acto. Lo anterior significa que para este trabajo no encontramos útil referirnos a las facultades sancionadoras, tampoco a las potestades de ejecución coactiva.

## **CAPÍTULO I**

### **La efectividad del autocontrol de las decisiones administrativas y su desarrollo en la doctrina colombiana**

Abordaremos este capítulo a fin de analizar la importancia de que la Administración cuente con herramientas que le permitan ejercer un control propio sobre sus decisiones. Invitamos al lector a que al leer este capítulo se pregunte sobre la necesidad de que estas herramientas deban establecerse como obligatorias para el ciudadano.

Ya hemos señalado, que dentro de la teoría de los privilegios de la Administración, se encuentra la autotutela administrativa. Ello, se caracteriza por los siguientes aspectos:

1. Puede crear, modificar y extinguir derechos por su sola voluntad mediante actos unilaterales sin que requiera que el Juez natural lo autorice previamente.

Este aspecto se desarrolla a partir de la presunción de legalidad de los actos administrativos que sirve a la actuación de la Administración. Este privilegio es una presunción *iuris tantum* que desplaza sobre los particulares la carga de impugnar el acto administrativo.

---

<sup>22</sup>JEAN RIVERÓ. Derecho Administrativo, traducción de la 9 edición, Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1980. Págs. 11 ss.



2. Frente a la aplicación inmediata de la decisión de la Administración el particular tiene dos posibilidades: (i) obedecer la decisión de la autoridad pública o (ii) demandar el acto administrativo.

En el camino de la impugnación, la Administración tiene una privilegiada posición, comenzando porque no se puede demandar sin que previamente se le brinde la posibilidad de que revise su propio acto y luego invitarla a conciliar.

Al respecto, Juan Alfonso Santamaría Pastor<sup>23</sup> justifica el control *ex post* de las decisiones de la administración, pues para una gran parte de la doctrina la única manera de que la Administración pueda cumplir con sus propósitos es necesario que tenga una posición privilegiada que le permita el ejercicio de distintas prerrogativas.

Considera, que el ordenamiento jurídico debe establecer una serie potestades “*coactivas y ordenadoras*” frente al grupo social, justificadas a partir de que la Administración ostenta el poder público y “*a su integración en uno de los poderes constitucionales*”. De la misma manera le atribuye a estos aspectos los privilegios respecto del poder judicial.

En nuestro País, previo a la expedición del código administrativo del 80, ya la doctrina se estaba inquietando sobre el tema del control de las decisiones administrativas. En relación con lo anterior, el ex presidente Julio César Turbay Ayala en su discurso inaugural durante el primer congreso nacional de derecho administrativo<sup>24</sup> hizo referencia a la importancia que tiene el control de los actos administrativos, por otros órganos del poder público, para el cumplimiento de los propósitos de un Estado de Derecho. En este sentido señaló: “*si como suele afirmarse, el Estado de Derecho se caracteriza por la presencia de un sistema de controles recíprocos de los órganos del poder, dentro de los cuales se cuenta una organización contencioso administrativa competente para juzgar a la luz de la constitucionalidad y de la legalidad cada uno de los actos y los hechos del gobierno y de su administración*”.

Al respecto el consejero de estado Gustavo Gómez Aranguren<sup>25</sup> estima que el trámite de los recursos administrativos constituye “*el principal escenario donde es posible localizarse cuando se trata de distinguir la posición jurídica compleja de la administración bajo la posición de una característica de exorbitancia*”.

Explica, que es la oportunidad para que la administración a partir de aspectos de legalidad y de conveniencia revise sus propias decisiones. Para este tratadista, este aspecto permite “*operar como un verdadero poder del Estado, definidor de las relaciones jurídicas entre las personas*”. Además, consideró que a través de la vía gubernativa se materializa el doble papel de la

---

<sup>23</sup> SANTAMARÍA PASTOR Juan Alfonso. Principios de derecho administrativo, Marcial Pons, Madrid. Pág. 59.

<sup>24</sup> En memorias del primer congreso nacional de derecho administrativo realizado en Medellín del 9 al 13 de junio de 1980.

<sup>25</sup> GÓMEZ ARANGUREN, Gustavo. Derecho administrativo, ABC Editores Librería Ltda., Bogotá 2004, pág. 92.

administración en una controversia administrativa pues es “*gestor y parte*” por ello esta es una facultad exorbitante de la Administración pública.

Tal vez sea un éxito para la garantía de los derechos de particulares en el marco de la actuación judicial que, al final, las decisiones de la Administración se sometan al control judicial. Sin embargo, es cuestionable si el hecho de que este control judicial no se presente de manera pronta, pues surge otra forma desconocimiento al deber de proteger los intereses de los ciudadanos.

El control de las decisiones administrativas es una manifestación de las características de un Estado de derecho pero el interrogante que surge es el siguiente: ¿cuál es la autoridad que debe ejercer este control?

Desde ahora, debemos anticipar que la Administración en Colombia no está preparada para asumir la responsabilidad que implica el autocontrol de sus propias decisiones en primer lugar porque el particular no confía en sus agentes y en segundo lugar porque la Administración ya ejerció su privilegio de autotutela al expedir, sin control judicial, el acto administrativo contentivo de su decisión.

## **SECCIÓN A**

### **Desarrollo de la autotutela administrativa: características que justifican su establecimiento en el ordenamiento jurídico**

En desarrollo de que los recursos administrativos son un componente del concepto de autotutela, resulta indispensable abordar las características de esta institución para que podamos comprender por qué hace parte de nuestro ordenamiento jurídico. Para este fin, acudiremos a la clasificación que realiza el maestro García de Enterría:

#### **1. Autotutela declarativa y la presunción de legalidad de los actos administrativos**

Todos los actos administrativos son de inmediato y obligatorio cumplimiento hasta que el Juez no declare la suspensión provisional o definitiva dentro de un proceso judicial. Este aspecto traduce el principio de legalidad que proporciona a la administración la posibilidad de expedir un acto administrativo de carácter particular y concreto sin previo examen de una autoridad judicial.

Es preciso aclarar, que esto no significa que el cumplimiento de las decisiones administrativas impliquen un aspecto del derecho premoderno y se pueda sostener que los actos administrativos tengan la misma fuerza de una sentencia judicial y carezcan de control. El control judicial es “*a posteriori*” y depende de los interesados, el que rompa esa legitimidad.

Frente a este privilegio de la Administración, el particular tiene la opción de demandar, lo que constituye una carga que se suma a la de soportar que se adopten decisiones sin la intervención de un juez.

En Colombia, algunos jueces han rechazado la presunción de legalidad del acto administrativo dentro del proceso judicial, pero desde la óptica de la carga de la prueba, pues se ha considerado esto como otra prerrogativa *innecesaria* de la Administración. No obstante, se ha hecho un análisis respecto de la forma como algunos preceptos intentan mesurar este escenario y permiten espacios para que estas cargas no sean tan duraderas y se permita una solución de conflictos previos al judicial.

En este sentido, el Magistrado del Tribunal Administrativo de Bolívar Luis Eduardo Cerra Jiménez sostiene<sup>26</sup> que, algunos preceptos normativos intentan mesurar *aunque de manera tímida, la concepción principesca que sobre el acto administrativo aún permanece*". Estas herramientas tales como la conciliación prejudicial, entre otros mecanismos alternativos de solución de conflictos.

En la Ley 1437 de 2011 se reafirmó el acto administrativo como uno de los mecanismos principales del actuar de la administración, en este sentido se refirió el ex presidente del Consejo de Estado<sup>27</sup>: *"el acto administrativo continua siendo en la actualidad el principal instrumento en manos de la Administración para la realización de las funciones encomendadas; por esta razón, puede afirmarse que a través de él se materializa el interés general y sobre todo se hace frente a necesidades cambiantes que requieren soluciones inmediatas"*.

En suma, la autotutela declarativa hace referencia a la posibilidad que tiene la Administración para adoptar decisiones de manera autónoma sin necesidad de que el Juez intervenga.

### **Autotutela reduplicativa o de Segunda Potencia**

Ahora bien, partiendo de la posibilidad que tienen las autoridades públicas de expedir un acto administrativo y de que este tenga efectos inmediatos, surge la posibilidad de someterlos a un control *ex post* no obstante esta es una carga que como hemos dicho antes, la tiene que asumir el particular.

El maestro García de Enterría<sup>28</sup> sobre este aspecto hace referencia a tres técnicas concretas:

- 1- La obligación de adelantar vías administrativas antes de demandar ante la jurisdicción administrativa
- 2- La Potestad sancionatoria

---

<sup>26</sup> CERRA JIMENEZ LUIS EDUARDO. Hipótesis para una nueva justicia administrativa, Colección de Ciencias Sociales y económicas Rodrigo Noguera Barreneche, Barranquilla, 1999. Pág 44.

<sup>27</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y CONSEJO DE ESTADO. *Memorias del Seminario Internacional de Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011*, Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, 2011.

<sup>28</sup> GARCIA DE ENTERRIA pág. 499

### 3- La obligación de pagar para recurrir los actos administrativos que recaigan sobre aspectos tributarios

García de Enterría, incluye los recursos administrativos dentro de la facultad de autotutela de segunda potencia bajo el argumento de que aquella está superpuesta al privilegio de la autotutela declarativa y que vía previa, agrava la carga de demandar que tienen el ciudadano retrasando el acceso a la administración de justicia siendo la única forma independiente y efectiva de ejercer un control sobre las decisiones públicas.

Ahora bien, para García de Enterría la justificación de la autotutela radica en la necesidad de darle herramientas a la Administración para que gestione eficientemente los intereses generales. No obstante, esto ha recabado en un abuso desde el reemplazo de las competencias exclusivas de los jueces en el derecho sancionador, pasando por la ejecutoriedad inmediata de los actos administrativos, hasta el entorpecimiento de la tutela judicial efectiva amparada constitucionalmente.

Esta clasificación fue desarrollada por José Misael Mora Pérez<sup>29</sup> quien lanza una fuerte crítica en el sentido de que García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández crearon esta clase de autotutela para luego concluir que su aplicación resulta complicada y *“retrasa el acceso a la garantía judicial”*.

De la misma manera, este autor hace referencia a lo que frente a la autotutela de segunda potencia estableció el autor Carlos Luis Carrillo Artilles en el sentido de que la autotutela administrativa de segunda potencia fue establecida para cubrir un bache que tenía la autotutela declarativa pues en su ámbito no se incluyó el control *ex post* motivado por la reclamación de los particulares antes de que se les permitiera poner en marcha el aparato judicial. Parafraseando a Carrillo, la autotutela *“está unguida del señorío para dictar actos validos con fuerza interna, así como la factibilidad de ejecutar lo dispuesto en sus decisiones sin la necesidad de acudir a otros órganos del poder público”*<sup>30</sup>.

La tutela administrativa y la jurisdiccional difieren en su procedimiento en lo pertinente a la independencia de cada una de estas instituciones. Sin embargo, el ejercicio de la primera ha buscado siempre acercarse a procedimientos de la segunda. Esto trae las siguientes consecuencias, en términos de García de Enterría<sup>31</sup>:

- 1- La actuación administrativa tiene un procedimiento formal conformado por una serie de actos ordenados hacia una decisión final, fases de procedimiento y fases de contradicción.
- 2- Expediente: actuación formal y escrita que enriquece el papeleo y la tramitología.

---

<sup>29</sup> MORA PÉREZ José Miguel. La autotutela en el derecho administrativo: un enfoque crítico sobre su existencia, Editorial Temis, Bogotá 2011. Pág. 70.

<sup>30</sup> Ibídem pág. 72.

<sup>31</sup> Ob cit. pág. 508.

- 3- Dentro de la actuación administrativa actos de trámite y actos reglados que requieren de una motivación.
- 4- La irrevocabilidad de los actos administrativos.

En efecto, la Administración está al servicio del pueblo y no es su representante, se encuentra subordinada al derecho y sus decisiones se encuentran sometidas a un control jurisdiccional “*ex post*” de sus actuaciones. Como sujeto de derecho, tiene la posibilidad de adoptar decisiones sin necesidad de acudir a la jurisdicción administrativa, aunque luego el juez pueda ejercer algún tipo de control.

Para explicar el poder de autotutela, varios autores han acudido al principio de “*paz jurídica*” y la forma como esta opera en el ámbito del derecho privado y en el derecho público. Esta diferenciación, radica en la manera como los sujetos pueden modificar un hecho existente “*statu quo*” pues en el derecho privado, el particular deberá someter esta posibilidad a un juez para que a través de un juicio declarativo así lo establezca, además en caso de que se incumpla, tampoco podrá el particular ejecutar tal decisión pues de la misma manera, deberá acudir al juez para que conmine el cumplimiento -heterotutela-

Pero en el caso de la Administración esto no ocurre, pues para modificar un hecho existente no requiere de control judicial, tampoco para ejecutar sus decisiones –autotutela administrativa–.

El profesor Santa María<sup>32</sup> desarrolló la técnica de adelantar vías administrativas antes de demandar ante la jurisdicción administrativa dentro un capítulo que denominó *los privilegios jurisdiccionales*. Dentro de este capítulo consideró que el ordenamiento jurídico ha establecido una serie de privilegios que tienen un propósito: “*evitar, en unos casos, las interferencias de los órganos jurisdiccionales en la actividad administrativa y a dificultar, entre otros las posibilidades de los recursos entablados por los particulares*”.

Según el criterio de este autor, dentro de estas técnicas se encuentra el “*carácter revisor del proceso contencioso- administrativo*” que conforma el control *ex post* de las actuaciones administrativas y que pone en posición de demandada a la Administración, lo que se entiende como un lugar privilegiado en la pugna.

El camino de la impugnación, el que permite que la Administración entre tanto pueda ejecutar su decisión, exige la formulación de los recursos administrativos y la conciliación administrativa con los respectivos riesgos tales como la *preclusión procesal* pues el particular tiene un plazo para realizar todos estos procedimientos previos so pena de que pierda el interés legítimo para demandar o recurrir.

Según lo afirma el profesor Santa María estos privilegios acumulados *pueden llevar a anular de facto la efectividad del control jurisdiccional*. Por ello,

---

<sup>32</sup> Ob.cit. pág. 60.

considera que *“se trata sin duda, de una de las facetas más injustificables e impresentables de nuestro sistema jurídico-público, que clama por una revisión radical”<sup>33</sup>*.

De acuerdo con lo expuesto, la Administración ya tiene la potestad para adoptar decisiones de manera unilateral y vinculante respecto de los ciudadanos. Frente a ello, el particular inconforme con una decisión soporta la carga de controvertirla, hasta aquí una prerrogativa justificable en virtud de que la Administración debe contar con herramientas que permitan cumplir con sus propósitos.

Sin embargo, resulta cuestionable la otra etapa que deviene de la autotutela administrativa es decir la que se ejerce en el trámite de los recursos administrativos, no porque la misma no pueda ser efectiva, sino porque al imponerla como requisito para demandar se impone otra carga al particular y se lesionan otros derechos como el del acceso a la administración de justicia.

Para resumir, la autotutela declarativa es un privilegio que permite a la Administración adoptar una decisión que declara o extingue derechos, sin que el juez intervenga y su decisión se cubre del principio de legalidad. Además, en virtud la autotutela de segunda potencia, sus decisiones solo podrán ser revocadas por ella misma o por decisión judicial, pero antes de que el juez conozca del respectivo conflicto, el particular afectado deberá agotar unos trámites previos.

## SECCIÓN B

### **Importancia del autocontrol de las decisiones administrativas para el desarrollo del principio de buena gobernanza**

La pertinencia de este acápite radica en la necesidad de constatar, la manera como este privilegio de la Administración constituye una expresión del concepto de buena gobernanza como un protagonista en el nuevo rol de las administraciones públicas.

En concreto, lo que nos preguntamos es si para garantizar una buena gobernanza la Administración requiere de herramientas como el trámite obligatorio de los recursos administrativos que obliguen a que el particular insista dos veces más – recursos y conciliación- en la garantía de sus derechos en sede administrativa antes de someter el conflicto a la jurisdicción.

El concepto de buen gobierno<sup>34</sup> fue admitido como derecho en la Asamblea General de las Naciones Unidas<sup>35</sup> en la que se aprobó la declaración del

---

<sup>33</sup> Ob.cit. pág. 62.

<sup>34</sup> El concepto de Buen Gobierno (en inglés *good governance*) fue acuñado por primera vez en un informe del Banco Mundial publicado en 1989 que establece de una forma crítica que la política económica de los

Milenio que ha sido considerada un paradigma en el desarrollo de los Estados miembros.

Aquí se establecieron propósitos claros: lograr la paz, la seguridad, promover el desarrollo y la erradicación de la pobreza, proteger el entorno común, defender los derechos humanos, la democracia y **el buen gobierno**.

El Buen Gobierno o buena gobernanza entendido bajo la interpretación de una actividad administrativa juega un papel fundamental en el cumplimiento de aquellos objetivos que fueron admitidos por los países miembros. Ahora bien, el papel del Estado se ha transformado y por lo tanto sus funciones se dirigen a satisfacer eficazmente las tareas de los ciudadanos.

El principio de buen gobierno fue adoptado en la Asamblea del Milenio, como ya se mencionó. Los Estados miembros, admiten como fundamentales los siguientes valores: (i) La libertad. Los hombres y las mujeres tienen derecho a vivir su vida y a criar a sus hijos con dignidad y libres del hambre y del temor a la violencia, la opresión o la injusticia. La mejor forma de garantizar esos derechos es contar con gobiernos democráticos y participativos basados en la voluntad popular; (ii) La igualdad. No debe negarse a ninguna persona ni a ninguna nación la posibilidad de beneficiarse del desarrollo. Debe garantizarse la igualdad de derechos y oportunidades de hombres y mujeres; (iii) La solidaridad. Los problemas mundiales deben abordarse de manera tal que los costos y las cargas se distribuyan con justicia, conforme a los principios fundamentales de la equidad y la justicia social. Los que sufren, o los que menos se benefician, merecen la ayuda de los más beneficiados; (iv) la tolerancia. Los seres humanos se deben respetar mutuamente, en toda su diversidad de creencias, culturas e idiomas. No se deben temer ni reprimir las diferencias dentro de las sociedades ni entre éstas; antes bien, deben apreciarse como preciados bienes de la humanidad. Se debe promover activamente una cultura de paz y diálogo entre todas las civilizaciones; (v) el respeto de la naturaleza. Es necesario actuar con prudencia en la gestión y ordenación de todas las especies vivas y todos los recursos naturales, conforme a los preceptos del desarrollo sostenible. Sólo así podremos conservar y transmitir a nuestros descendientes las incommensurables riquezas que nos brinda la naturaleza. Es preciso modificar las actuales pautas insostenibles de producción y consumo en interés de nuestro bienestar futuro y en el de nuestros descendientes; (vi) Responsabilidad común. La responsabilidad de la gestión del desarrollo económico y social en el mundo, lo mismo que en lo que hace a las amenazas que pesan sobre la paz y la seguridad internacionales, debe ser compartida por las naciones del mundo y ejercerse multilateralmente.

---

países del África subsahariana debe ir más allá de la puesta en marcha de los programas de ajustes estructurales y deben por lo tanto concentrarse en la eficiente administración pública.

35 Celebrar el 8 de septiembre de 2000.

Por ser la organización más universal y más representativa de todo el mundo, las Naciones Unidas deben desempeñar un papel central a ese respecto.

Con el objetivo de materializar estos valores los Estados formularon una serie de objetivos dentro de los cuales se encuentra el que desarrolla el capítulo denominado Derechos Humanos Democracia y Buen Gobierno. En este se fijan como finalidad la promoción de la democracia y el respeto de los derechos humanos y las libertades que han sido establecidas en instrumentos internacionales y por tanto establecen los siguientes compromisos:

- Respetar y hacer valer plenamente la Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Esforzarnos por lograr la plena protección y promoción de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de todas las personas en todos nuestros países.
- Aumentar en todos nuestros países la capacidad de aplicar los principios y las prácticas de la democracia y del respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las minorías.
- Luchar contra todas las formas de violencia contra la mujer y aplicar la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.
- Adoptar medidas para garantizar el respeto y la protección de los derechos humanos de los migrantes, los trabajadores migratorios y sus familias, eliminar los actos de racismo y xenofobia cada vez más frecuentes en muchas sociedades y promover una mayor armonía y tolerancia en todas las sociedades.
- Trabajar aunadamente para lograr procesos políticos más igualitarios, en que puedan participar realmente todos los ciudadanos de nuestros países.
- Garantizar la libertad de los medios de difusión para cumplir su indispensable función y el derecho del público a la información.

De acuerdo con estos objetivos propuestos, la ONU a través de los informes emitidos por el Comité de Expertos en Administración Pública con posterioridad a la Declaración del Milenio, convierten al principio de buena gobernanza en un paradigma de un Estado Social de Derecho,

Merece la pena desatacar el contenido del documento con la referencia A/57/262–E/2002/82 en el cual se concluye que: *“no pueden llevarse a la práctica a menos que los países en desarrollo afiancen sus instituciones democráticas de gobierno, mejoren la capacidad de los recursos humanos del sector público, hagan más eficiente y eficaz la movilización de recursos y la*



*administración financiera, y fomenten la creación de capacidad en el ámbito de la tecnología de la información dentro del sector público. Se reconoce cada vez más que muchos de los problemas que afrontan los países en desarrollo y de economía en transición se deben, en buena parte, al déficit de capacidad del Estado, la debilidad de las instituciones políticas democráticas y **la ineficiencia y mala gestión de la administración pública**. Los sistemas y las instituciones de gobierno son inadecuados en muchos países en desarrollo del mundo”.* (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Frente a lo anterior, concluye el profesor Camilo Orrego, que la ONU entiende por buen gobierno la capacidad para conducir la economía; movilizar recursos; conseguir cierto grado de justicia social; promover un medio propicio para la actividad de cada uno, y garantizar la paz y la seguridad. Señalando como elementos básicos que lo conforman entre otros, la capacidad administrativa y de gestión.

La buena Administración como derecho, se garantiza en diferentes escenarios, uno de ellos es el ejercicio de los mecanismos de autocontrol en sede administrativa. En este sentido, el profesor Camilo José Orrego Morales<sup>36</sup> parafraseando a la profesora Beatriz Tomás Ballén, concluye que la actividad de la Administración debe convertirse de manera eficaz en el primer garante de los derechos de los administrados y superada esta etapa entonces sí entraría el Juez de lo contencioso administrativo como garante de los intereses de los ciudadanos frente a la gestión administrativa.

De esta manera, los recursos administrativos podrían constituir un mecanismo para que la Administración garantice los derechos de los particulares sin necesidad de que intervenga el juez natural, sin embargo al establecerse como obligatorio, esta finalidad se desdibuja y es aquí en donde se pierde el sentido de esta herramienta y se convierte en un simple requisito para demandar.

Según el maestro Juli Ponce<sup>37</sup> el derecho administrativo se ha preocupado por proteger a los particulares de las autoridades públicas y por revisar las actuaciones administrativas irregulares, pero se ha olvidado de otro propósito importante como es el de garantizar que la Administración adopte de manera correcta sus decisiones. El correcto actuar de la administración ya se circunscribe al deber de no vulnerar normas o los principios rectores del derecho administrativo, pues “*las autoridades administrativas deben realizar todos los esfuerzos posibles para tomar la mejor decisión*”.

En efecto, el control de las decisiones de la Administración tiene un papel muy importante en la efectividad de la buena administración pública, pues depende de ello, el mensaje que se imparta a los agentes públicos para que

---

<sup>36</sup> La buena administración del Estado: el reto de su comprensión y aplicación en la República de Colombia

<sup>37</sup> PONCE SOLÉ, Juli. Derecho administrativo global: organización, procedimiento, control judicial, Marcial Pons, Madrid 2010. Pág. 90.

adopten decisiones que le permita cumplir con sus objetivos de manera eficiente. En términos del profesor Ponce: *“a la Administración ya no sólo se le exige que haga cosas, sino que, además las haga de manera que consiga realmente sus objetivos, economizando los medios utilizados para eso, demostrando, en definitiva, que su intervención es útil y necesaria socialmente, destruyendo los que se ha denominado la presunción de ineficiencia que preside los estereotipos sobre la Administración pública”*.

El ordenamiento jurídico, no puede ser lejano a estos propósitos y deberá procurar herramientas que permitan que estos presupuestos se cumplan. En Colombia, se establecen herramientas que privilegian a la descongestión judicial pero que no constituyen garantía de que la Administración pueda “hacer las cosas bien” desde que despliega una conducta administrativa. Definitivamente, no existiría otra forma para que la Administración pueda evitar que una decisión suya sea controlada por el Juez.

En un Estado Social de Derecho, el ciudadano se convierte en el núcleo esencial de su actividad, y la Administración es el principal actor en la materialización real y efectiva del propósito de garantizar los derechos de los particulares. De aquí, la importancia para academia, se focalice en la actividad administrativa y sus principios orientadores como paradigma legal que regula su actuación inclinada hacia la protección y garantía de los derechos del ciudadano<sup>38</sup>.

Otro aspecto importante, se encuentra relacionado con el principio de eficacia<sup>39</sup>, a través del cual se ha interpretado el principio de buen gobierno y en este sentido, el Estado colombiano ha ratificado instrumentos internacionales<sup>40</sup> en aras de su aplicación e integración efectiva en el ordenamiento jurídico colombiano<sup>41</sup>. Así, el principio de buen gobierno ha ido permeando el ordenamiento jurídico.

Así, constituye un reto para la Administración que estos presupuestos se materialicen en su actividad, y el ordenamiento jurídico tiene una gran responsabilidad en que esto se logre. Sin embargo, el código de 1984 estuvo vigente hasta el año 2012 y entre tanto, fue la jurisprudencia quien se encargó de adecuar este precepto con los postulados constitucionales. No obstante, aun a la Corte Constitucional llegan cientos de acciones de tutela reclamando el cumplimiento de deberes elementales en la relación entre la Administración con los particulares como es la respuesta de fondo a sus peticiones, silencio que se recompensa con figuras como el silencio administrativo negativo.

Con lo anterior, se evidencia la necesidad de que el ordenamiento jurídico, específicamente el derecho administrativo, evolucione en pro de garantizar una buena administración pública, para ello, es indispensable reafirmar la

---

<sup>38</sup> FERRARO AGUSTÍN. *Reinventando el Estado*, INAP, Madrid, 2009.

<sup>39</sup> Artículo 3 Ley 1437 de 2011 y artículo 3 del Decreto 01 de 1984.

<sup>40</sup> Declaración del Milenio aprobada en la Asamblea del Milenio de la ONU el 08 de septiembre del 2000.

<sup>41</sup> En este sentido la Ley 1450 de 2011 por medio de la cual se expide el Plan de Nacional de Desarrollo 2010-2014 en su artículo 3, señaló como propósito para promover las relaciones entre Administración y ciudadano el buen gobierno como principio rector.

confianza del ciudadano y hacer un llamado a los agentes públicos para que sean gestores de buen gobierno, pues sin herramientas que privilegie sus malas decisiones no les queda más remedio que “hacer las cosas bien”.

Afirmaciones como: “cuando llegue la sentencia aplico el régimen al que tienen derecho los peticionarios” en el caso de Cajanal en liquidación, son una consecuencia de todos los mecanismos con los que cuenta la Administración para retrasar un pronunciamiento judicial y que le permite expedir actos administrativos, contrarios a la Constitución y a la Ley.

Por ello, consideramos que la Ley 1437 de 2011 en lo pertinente al trámite de los recursos administrativos, antes vía gubernativa, resultó insuficiente para cumplir con el propósito de adecuar el ordenamiento jurídico a los presupuestos del derecho al buen gobierno. Esto, al mantenerse la obligatoriedad de agotar los recursos administrativos para habilitar al ciudadano la posibilidad de agotar la conciliación administrativa y luego si, facultad de ejercer su derecho de acudir a la jurisdicción administrativa.

Resulta claro, que obligar al ciudadano a que “dialogue” con las autoridades públicas a través de los recursos y de la conciliación administrativa, se aleja la posibilidad de que aquellos confíen en la Administración. Pues ello, solo se alcanzará cuando los agentes públicos sean conscientes de que desde que inicia la actuación administrativa deben garantizar los derechos de los particulares como única forma para evitar un control *ex post* de sus decisiones.

Ahora bien, el núcleo esencial que conforma el derecho a la buena administración pública se encuentra conformado por el deber de adoptar buenas decisiones y que se mantenga una uniformidad al interior de la entidad pública, es decir, que se creen precedentes sólidos que sean vinculatorios para futuros casos que presenten un patrón fáctico similar.

Al respecto, el profesor Ponce de León<sup>42</sup>, considera que, el control que despliega un juez a una decisión administrativa conforma un precedente que permite al funcionario público tomar mejores decisiones en los próximos casos. En el caso colombiano, este es un ideal alejado de nuestra realidad, muestra de ello, es que reiteradamente, los ciudadanos formulan acciones de tutela a fin de que el Estado garantice sus derechos constitucionales en situaciones en las que ya existe un sólido precedente constitucional, por ejemplo deber de resolver las peticiones de manera oportuna y de fondo.

Es evidente que la Administración en Colombia se ciñe a sus políticas públicas trazadas al interior de una Entidad y se apartan de ello solamente cuando un juez lo ordene<sup>43</sup> y solo frente a un caso particular.

---

<sup>42</sup> PONCE SOLÈ, Juli. Derecho Administrativo Global: organización, procedimiento, control judicial, Marcial Pons, Madrid 2010

<sup>43</sup> Un ejemplo de ello, es la negativa de Cajanal (hoy UGPP) al liquidar la pensión de vejez a miembros de la Rama Judicial conforme al anterior régimen según el cual se liquida el monto de la pensión conforme el salario más alto devengado durante el último año de servicio.

Entonces, como vimos la autotutela en todas su formas es un privilegio de la administración que ya no armoniza con los retos que deben asumir las administraciones públicas contemporáneas en el marco del principio del buen gobierno.

## CAPITULO II

### **Inactividad de la legislación colombiana en torno a la vía gubernativa<sup>44</sup>**

Como lo anticipamos en la introducción, es preciso dar una mirada al desarrollo normativo que se ha producido en torno a este requisito de procedibilidad y observar la manera como el legislador ha concebido aquel, en los distintos momentos de la historia del derecho administrativo en Colombia.

Una parte de la doctrina se inquietó por el precepto que establece la vía gubernativa como un requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, considerándolo como *“un viejo resquicio de la justicia retenida y por lo tanto un privilegio a favor de la administración<sup>45</sup>”*. De ahí, que consideremos importante revisar si estas inquietudes fueron analizadas por el legislador en el desarrollo de este mecanismo en el ordenamiento jurídico colombiano.

Al respecto, la ex contralora General de la República Sandra Morelli Rico<sup>46</sup> estima que: *“la vía gubernativa puede considerarse hoy como un vestigio de este tipo de justicia, obviamente sin que se pueda predicar de ella su carácter jurisdiccional”*. A su juicio, la dicotomía entre la justicia judicial y la justicia administrativa radica en que en la segunda desarrolla autojuzgamiento, (justicia retenida) no obstante considera que existe una tendencia a la jurisdiccionalización de la función administrativa.

Para la doctora Morelli, existen irremediables diferencias entre el procedimiento judicial y el administrativo que tiene su génesis en la posición privilegiada de la Administración, en cuanto a que en el segundo, la Administración es juez y parte. Considera que, es un privilegio no solo por la facultad de auto juzgar sus decisiones sino porque constituye un requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción administrativa.

A nuestro estudio interesa la manera como los distintos códigos han regulado la actividad administrativa, atendiendo a todos los factores que influyen: forma de estado, condición social, etc.

---

<sup>44</sup> Usamos la expresión vía gubernativa porque así se denominó hasta la Ley 1437 de 2011 precepto modificó su nombre a recursos administrativos. No obstante para este capítulo consideramos pertinente desarrollar esta figura con el nombre que se usó hasta el 2012 pues nos referiremos a eventos anteriores a la expedición del nuevo Código administrativo y de lo contencioso administrativo.

<sup>45</sup> IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique. 20 años de vigencia del código contencioso administrativo colombiano, 2004 Bogotá. En [www.usergioarboleda.edu.co](http://www.usergioarboleda.edu.co)

<sup>46</sup> MORELLI RICO Sandra. La participación en el procedimiento administrativo y en el proceso contencioso administrativo, Temas de derecho público No 40, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1996. Pág. 21

En Colombia, la expedición de códigos administrativos no se acompaña con el número de constituciones que se han adoptado. Han sido pocos y su vigencia ha soportado, con la ayuda de la jurisprudencia, obligaciones adoptadas en tratados internacionales, nuevos preceptos constitucionales, y tendencias que conllevan las nuevas formas de Estado.

Bajo este escenario, a continuación plasmaremos el desarrollo legislativo y el jurisprudencial en torno a este requisito de procedibilidad objeto de nuestra investigación.

## **SECCIÓN A**

### **Desarrollo legislativo de los recursos administrativos como requisito de procedibilidad en Colombia**

En un comienzo, los recursos administrativos no fueron incluidos en la legislación administrativa pues las controversias eran sometidas al control judicial directamente. Hasta 1941 cuando se sustrajeron del conocimiento del Juez administrativo algunas controversias se permitió que la Administración ejerciera un control sobre algunas de sus propias decisiones. Desde entonces los recursos administrativos se convirtieron en un mecanismo constante dentro de los distintos códigos administrativos como lo veremos a continuación:

#### **Ley 130 de 1913**

Considerado el primer código administrativo colombiano, no contiene un requisito de procedibilidad para someter la revisión de un acto administrativo a la jurisdicción contenciosa administrativa.

Para entonces todos los ciudadanos que pretendían someter una decisión administrativa al control judicial podían hacerlo directamente sin necesidad de agotar un requisito de procedibilidad como la vía gubernativa o la conciliación administrativa.

Para ese momento, ya regía la reforma de la Constitución de 1886 propuesta por Carlos E Restrepo en 1910 considerada como un fortalecimiento al Estado de Derecho.

#### **Ley 167 de 1941**

Para la doctrina esta Ley logró un ordenamiento jurídico administrativo jerarquizado y que respeta el contenido institucional, sustrajo del conocimiento de la jurisdicción administrativa varios asuntos y los asignó al espectro de la autotutela administrativa. Además, estableció el silencio administrativo positivo como un mecanismo para agotar la vía gubernativa.

Este precepto establece la posibilidad de demandar actos administrativos para pedir la nulidad y además, en el caso de los actos administrativos de carácter particular y concreto, el restablecimiento del derecho. De esta manera lo desarrolló el capítulo VII:

### ***“DE LA JURISDICCIÓN CONTRA LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN.***

***“ARTÍCULO 62. Podrán ser acusados ante el Consejo de Estado o ante los Tribunales Administrativos, según las reglas de competencia señaladas en los dos anteriores Capítulos, los decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno, los Ministros y demás funcionarios, empleados o personas administrativas, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad.***

*Cuando un acto de carácter particular ha sido proferido por un funcionario, empleado o persona administrativa del orden nacional, y con él se viola un reglamento ejecutivo, habrá lugar a recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa”.*

***“ARTÍCULO 67. La persona que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo podrá pedir que además de la anulación del acto se le restablezca en su derecho.***

*La misma acción tendrá todo aquel que se hubiere hecho parte en el juicio y demostrado su derecho”.*

Ahora bien, en esta oportunidad el legislador decidió aumentar la carga de demandar que tiene el ciudadano afectado por una decisión de la administración. Para ello, incluyó como requisito de procedibilidad la obligación de agotar la vía gubernativa.

***“ARTÍCULO 71. Para que un acto de la naturaleza de los expresados en este Capítulo sea admisible en recurso jurisdiccional, es necesario que no sea susceptible de recurso en la vía gubernativa, por no haberlo establecido la ley o por haberse agotado ésta”.***

Este precepto, tuvo un desarrollo normativo bastante amplio en el capítulo VIII, título tercero de esta Ley, que se denominó: *“del procedimiento gubernativo”*.

Respecto de la notificación: ***“ARTÍCULO 74. Las que ponen término a un negocio o actuación administrativa de carácter nacional se notifican personalmente al interesado, o a su representante o apoderado, dentro de los cinco días siguientes a su expedición, debiendo expresarse los recursos que por la vía gubernativa procedan y el término dentro del cual deban interponerse, todo bajo la responsabilidad del funcionario correspondiente. Deberán notificarse personalmente todas las providencias relativas a negocios en que Individualmente haya intervenido o deba quedar obligado un particular.***

En relación a los recursos que proceden durante el trámite de la vía gubernativa, estableció los conocidos recursos de reposición y de apelación.

*“ARTÍCULO 77. Por la vía gubernativa proceden los siguientes recursos en los asuntos administrativos de carácter nacional:*

*1o. El de reposición, ante el mismo funcionario administrativo que pronunció la providencia, para que se aclare, modifique o revoque.*

*2o. El de apelación, ante el inmediato superior, con el mismo objeto”.*

Posteriormente, estableció los supuestos que deben cumplirse para cumplir con el requisito de procedibilidad obligatorios para acudir al juez administrativo, en el sentido de que se entendía agotada la vía gubernativa cuando se agotaban algunos de los recursos administrativos. En concreto estableció:

*“ARTÍCULO 80. Se entenderá agotada la vía gubernativa cuando, interpuestos algunos de los recursos señalados en los artículos anteriores, se entienden negados, por haber transcurrido un plazo de cuatro meses sin que recaiga de decisión sobre ellos”.*

*ARTÍCULO 82. Para ocurrir en demanda ante lo Contencioso Administrativo es necesario que se haya agotado la vía gubernativa, lo que se entenderá cuando los actos o providencias respectivas no son susceptibles de ninguno de los recursos establecidos en el artículo 77, o se han decidido, ya se trate de actos o providencias definitivas, o de trámite, si estas últimas deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de modo que le pongan término o hagan imposible su continuación.*

Es preciso destacar del artículo 82, que su redacción permite comprender que el recurso de reposición no era facultativo es decir, era posible que no procediera el de apelación al no existir un superior jerárquico, no obstante, el de reposición ante el mismo funcionario siempre procede aun.

### **Decreto 2733 de 1959**

La Ley 167 de 1941 tuvo una modificación en el Decreto 2733 de 1959, en lo pertinente al deber de informar al particular los recursos que proceden en contra del acto administrativo que se le está notificando, veamos:

*“Artículo 11.- Si no se pudiere hacer la notificación personal, se fijará un edicto en papel común en lugar público del respectivo despacho, por el término de cinco días, con inserción de la parte resolutive de la providencia.*

*Parágrafo 1o.- Las providencias que afecten a terceros, que no hayan intervenido en la actuación, se notificarán personalmente a estos. Si ello no fuere posible, se publicará su parte resolutive, por una vez, en el Diario Oficial.*

**Parágrafo 2o.-** *En el texto de la notificación se indicarán los recursos que legalmente proceden contra la providencia de que se trata”.*

Respecto de los recursos administrativos que proceden durante la vía gubernativa, hubo un cambio respecto del recurso de reposición, estableciéndose como facultativo y el de apelación como el obligatorio para cumplir con el requisito de agotar la vía gubernativa. De esta manera quedó establecido:

**Artículo 13.-** *Salvo disposición especial en contrario, por la vía gubernativa proceden los siguientes recursos en los asuntos administrativos de carácter nacional:*

*1o.) El de reposición, ante el mismo funcionario administrativo que pronunció la providencia, para que se aclare, modifique o revoque.*

*2o.) El de apelación, ante el inmediato superior, con el mismo objeto.*

**Artículo 14.-** *De uno y otros recursos ha de hacerse uso, por escrito, dentro de los cinco días útiles a partir de la notificación personal o de la desfijación del edicto, o de quince días contados desde la fecha de la publicación en el Diario Oficial, para el caso previsto en el parágrafo primero del artículo undécimo.*

*Trascurridos estos plazos sin que se hubiere interpuesto recurso, la providencia quedará ejecutoriada.*

**Artículo 15.-** *El recurso de reposición no es obligatorio para el ejercicio de las acciones contencioso-administrativas.*

**Artículo 16.-** *El recurso de apelación puede interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición, y ambos se resuelven de plano. La apelación deberá otorgarse en el efecto suspensivo, salvo lo que para casos especiales disponga la ley.*

*Por regla general, procede el recurso de apelación para ante el ministro o jefe de departamento administrativo del ramo, contra todas las providencias definitivas de los funcionarios, agentes o personas administrativas del orden nacional.*

*También serán apelables para ante los mismos funcionarios, las providencias definitivas de los gobernadores de departamento, intendentes y comisarios, cuando la ley permita este recurso.*

Por lo tanto quedaría agotada la vía gubernativa según este precepto legal, en los siguientes eventos:



**Artículo 18.-** *Para todos los efectos legales a que haya lugar, se entenderá agotada la vía gubernativa, cuando las providencias o actos respectivos no son susceptibles de ninguno de los recursos establecidos en el artículo decimotercero, o estos recursos se han decidido, ya se trate de providencias o actos definitivos, o de trámite si deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de modo que le pongan fin o hagan imposible la continuación.*

**Parágrafo.-** *Se entenderá agotada la vía gubernativa cuando interpuestos algunos de los recursos señalados en los artículos anteriores, se entienden negados por haber transcurrido un plazo de un (1) mes sin que recaiga decisión resolutoria sobre ellos.*

**Artículo 19.-** *En los asuntos departamentales y municipales, se aplicará el mismo procedimiento gubernativo, salvo cuando las ordenanzas establezcan reglas especiales en asuntos que sean de la competencia legislativa de las asambleas.*

*La publicación prevista en el parágrafo primero del artículo undécimo, se hará en el periódico oficial del departamento.*

*Ante el gobernador se surtirán las apelaciones contra las decisiones definitivas de los funcionarios, agentes o personas administrativas del orden departamental y de los alcaldes municipales, y ante el alcalde las correspondientes a los de orden municipal.*

En vigencia de este Decreto el tratadista Luis Alberto Luna Benitez<sup>47</sup> realizó un importante trabajo que es preciso referir en nuestra investigación. En lo pertinente a los recursos administrativos y el recurso judicial, estableció las siguientes diferencias:

- 1- Según lo que se revisa: el recurso administrativo es más completo porque revisa la conveniencia de la decisión adoptada mientras que el juez únicamente controla su legalidad.
- 2- Durante la actuación administrativa: la Administración “tiene derecho” a guardar silencio sancionable, pero no de la misma manera como si el juez no profiriera una sentencia.
- 3- La decisión del juez hace tránsito a cosa juzgada mientras que la decisión adoptada en la Administración aún tiene la posibilidad de ser revisada en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Este tratadista enseña que en Francia los recursos son un “*preludio obligatorio de la acción jurisdiccional cuando un texto lo prescribe*” mientras

---

<sup>47</sup> LUNA BENITEZ, Luis Alberto. Lo contencioso administrativo, ediciones librería El Profesional, Bogotá 1981. Pág. 176 ss.

que en Colombia constituye una regla general. Esto a nuestro juicio, obedece a que aquí es una herramienta para descongestionar los despachos judiciales.

Para Luna Benítez, el establecimiento, como regla general, del agotamiento de la vía gubernativa como requisito de procedibilidad se aleja de la concepción de derecho Francés y se acerca más al derecho Alemán<sup>48</sup>.

### **Ley 58 de 1982**

Con un código expedido 41 años atrás y una reforma en lo pertinente a la vía gubernativa de 23 años atrás, se expidió la Ley 58 de 1982 *“Por la cual se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República para reformar el Código Contencioso-Administrativo”*.

En relación con esta Ley, es preciso destacar los parámetros que le dio el legislador al Presidente de la República para proferir el nuevo código administrativo, además de los clásicos principios que rigen la actuación administrativa *“economía, celeridad, eficacia e imparcialidad”* estableció deberes claros para los agentes de las entidades públicas. En este sentido expresó:

*Artículo 3°. Los funcionarios deben tener en cuenta que la actuación administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales, la adecuada prestación de servicios públicos y la efectividad de derechos o intereses de los administrados reconocidos por la Ley.*

También, estableció una incompatibilidad entre la revocación directa de los actos administrativos y el agotamiento de la vía gubernativa:

*Artículo 9°. No podrá pedirse la revocación directa de los actos administrativos respecto de los cuales se hayan ejercido los recursos de la vía gubernativa.*

El presidente de la República a partir de la promulgación de esta Ley tenía facultad para expedir un nuevo código administrativo. Para ello, debería realizar las siguientes actuaciones:

- 1. Modificar el Decreto-ley 2733 de 1959 y dictar normas, de acuerdo con los principios de esta ley, en materia de procedimiento gubernativo y revocación directa de los actos administrativos.*
- 2. Determinar un régimen de responsabilidad civil de los empleados oficiales en razón de sus actuaciones u omisiones de carácter administrativo.*

---

<sup>48</sup> Pág. 183

7. *Determinar el régimen de impugnación de sus propios actos por la administración cuando no sean revocables directamente o sus efectos se hayan suspendido provisionalmente por ella.*

*Artículo 12. Para el ejercicio de las facultades anteriores, créase una Comisión Asesora del Gobierno, que será presidida por el Ministro de Justicia o su delegado y estará integrada, además, así: por dos Senadores y dos Representantes, designados por las Mesas Directivas de las respectivas Comisiones Primeras; dos Magistrados del Consejo de Estado, uno de la Sala Contencioso-Administrativa y uno de la Sala de Consulta y Servicio Civil, elegidos por las Mesas Directivas correspondientes; y dos profesores de Derecho Administrativo, nombrados por la Academia de Jurisprudencia.*

La reforma al Código contencioso administrativo contenido en la Ley 167 de 1941 era, en el año 1980, una solicitud que apoyaba buena parte de la doctrina colombiana. Esto se vio reflejado en el Primer Congreso Nacional de Derecho Administrativo<sup>49</sup>, en esta oportunidad los asistentes plasmaron las siguientes inquietudes:

Para Álvaro León Cajiao<sup>50</sup> se debía mantener la estructura de la Ley 167 de 1941 en cuanto a su estructura jerarquizada y la importancia que impartía a la institucionalidad y a la autotutela administrativa para resolver asuntos que antes era competencia del Juez ordinario. No obstante, ya sugiere una necesidad de descongestionar al Consejo de Estado; la legitimación por activa de la acción de simple nulidad; acción de indemnización de perjuicios en el sentido de que aplique mecanismos del derecho procesal civil tales como demanda de reconvención, llamamiento en garantía, recurso de súplica, entre otros.

Preocupaba para entonces a Antonio Álvaro y Arturo Matson<sup>51</sup> la forma como el silencio administrativo negativo influía en el agotamiento de la vía gubernativa, en el sentido de que al extenderse el silencio como una forma de agotar la vía gubernativa sin que se tramiten los recursos en sede administrativa “*los tribunales quedarían convertidos en administradores con ostensible menoscabo del principio de separación de funciones*”.

## **Decreto 01 de 1984**

Finalmente, se expidió el código contencioso administrativo vigente por 27 años y aquel que se recordará porque soportó veinte años más, los nuevos retos y las tendencias marcadas por la expedición de la Carta de 1991.

---

<sup>49</sup> Medellín 9 a 13 de junio de 1980

<sup>50</sup> Memorias del Primer Congreso Nacional de Derecho administrativo pág. 323. En el mismo sentido Carlos Galindo Pinilla pág. 354;

<sup>51</sup> Memorias del Primer congreso Nacional de Derecho administrativo. Pág 334

Este precepto, inquietó a la doctrina en lo pertinente a figuras como el silencio administrativo que se había establecido para contrarrestar el efecto que tenía el silencio de la Administración frente a la posibilidad de demandar<sup>52</sup>.

En este código, se reprodujo el agotamiento de la vía gubernativa como requisito de procedibilidad, porque prevalece el concepto de que este es un mecanismo que permite a la Administración revisar sus propias decisiones antes de que intervenga el juez, al tiempo, que permite al particular ejercer el derecho de defensa ante la propia autoridad pública que adoptó la decisión respectiva.

En este sentido el artículo 135 estableció: *“POSIBILIDAD DE DEMANDA ANTE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CONTRA ACTOS PARTICULARES. La demanda para que se declare la nulidad de un acto particular, que ponga término a un proceso administrativo, y se restablezca el derecho del actor, debe agotar previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio negativo.*

*El silencio negativo, en relación con la primera petición también agota la vía gubernativa.*

*Sin embargo, si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, los interesados podrán demandar directamente los correspondientes actos.”.*

En relación con este precepto, el maestro Carlos Betancur Jaramillo siempre ha considerado<sup>53</sup> que *“gracias a este estatuto, existe, por un lado, el procedimiento administrativo propiamente dicho, o sea el derrotero que la administración debe seguir para la expedición de los actos administrativos; y por el otro, la vía gubernativa, mediante la cual el administrado pone en juego el control de legalidad en sede administrativa con la interposición de los recursos propios de ésta y con miras a que la administración aclare, modifique o revoque la decisión inicial”.*

En efecto, desligar la actuación administrativa respecto del trámite de la vía gubernativa bajo el argumento de que durante el trámite de la primera, se expida el acto administrativo atendiendo los parámetros tanto técnicos como jurídicos respecto de una situación particular y, en la segunda se realice un control en la propia administración “poniendo en juego el control de legalidad” que compete al juez.

Este último aspecto nos resulta alarmante, pues considerar que el particular al someter una controversia suscitada por una decisión administrativa, deba

---

<sup>52</sup> GUSTAVO PENAGOS, Código contencioso administrativo actualizado concordado jurisprudencia y comentarios, quinta edición Bogotá, 1993.

<sup>53</sup> BETANCUR JARAMILLO, Carlos *“Derecho Procesal Administrativo”* Señal Editora. Bogotá, reimpresión 2012 Pág. 201.

elegir entre la vía administrativa o la judicial, pues la vía gubernativa es un requisito para demandar que retrasa la formulación de la demanda respectiva, mas no, afortunadamente impide poner en marcha el aparato jurisdiccional. Ahora bien, durante el trámite de los recursos los particulares esperaríamos que la Administración adoptara una decisión respecto de si modifica su decisión bajo componentes del principio de legalidad, esta no es una actividad exclusiva del juez.

### **Decreto 2304 de 1989**

Con la expedición de este Decreto, intentó hacerse una modificación al Código del 80 sin embargo fue declarada su inexequibilidad. No obstante, en aras de plasmar la intención que tuvo el legislador lo expondremos, en este trabajo:

**ARTÍCULO 3° INEXEQUIBLE.** *El artículo 51 del Código Contencioso Administrativo quedará así:*

*"Artículo 51. OPORTUNIDAD Y PRESENTACIÓN. Los recursos de reposición y apelación podrán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella, o a la desfijación del edicto, o a la publicación, según el caso.*

*Los recursos se interpondrán ante el funcionario u órgano que profirió la decisión, y si éste se negare a recibirlos el recurrente podrá presentarse ante el Procurador Regional o ante el Personero Municipal para que ordene su recibo y tramitación e imponga las sanciones correspondientes.*

*El recurso de apelación podrá interponerse directamente o en subsidio del de reposición.*

*Transcurridos los términos sin que se hubieren interpuesto los recursos procedentes, la decisión quedará en firme.*

*El recurso de apelación, en los casos en que sea procedente, es indispensable para agotar la vía gubernativa".*

**Artículo declarado INEXEQUIBLE por la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia 2066 de junio 20 de 1990. M.P. Fabio Morón Díaz**

**ARTÍCULO 4° INEXEQUIBLE.** *El artículo 52 del Código Contencioso Administrativo quedará así:*

*"Artículo 52. REQUISITOS. Los recursos deberán reunir los siguientes requisitos:*

*1. Interponerse por escrito, dentro del término legal, personalmente por el interesado o mediante apoderado.*

2. Sustentarse con el fin de señalar los motivos específicos de la inconformidad.

3. Si se interpusiere el recurso de apelación, a voluntad del recurrente, solicitar la práctica de pruebas y relacionar las que pretenda hacer valer.

4. Indicar el nombre y la dirección del recurrente.

5. Acreditar el pago o el cumplimiento de lo que el recurrente reconoce deber.

Sólo los abogados en ejercicio podrán ser apoderados; si el recurrente obra como agente oficioso, deberá acreditar la calidad de abogado en ejercicio y ofrecer prestar la caución que se le señale para garantizar que la persona por quien obra ratificará su actuación dentro del término de tres (3) meses; si no la ratifica, se producirá la perención del recurso o recursos, se hará efectiva la caución y se archivará el expediente".

**ARTÍCULO 8° INEXEQUIBLE.** El artículo 63 del Código Contencioso Administrativo quedará así:

"Artículo 63. AGOTAMIENTO DE LA VÍA GUBERNATIVA. El agotamiento, de la vía gubernativa se produce cuando los recursos interpuestos hayan sido decididos o denegados por silencio administrativo.

Sin embargo, para agotar la vía gubernativa sólo es obligatorio interponer, cuando es procedente, el recurso de apelación. **Pero, cuando contra un acto administrativo sólo proceda el recurso de reposición, éste será obligatorio**".  
(negrilla y subrayado fuera del texto)

**Artículo declarado INEXEQUIBLE por la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia 2066 de junio 20 de 1990. M.P. Fabió Morón Díaz**

**ARTÍCULO 22.** El artículo 135 del Código Contencioso Administrativo quedará así:

"Artículo 135. POSIBILIDAD DE DEMANDAR ANTE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CONTRA ACTOS PARTICULARES. La demanda para que se declare la nulidad de un acto particular, que ponga término a un proceso administrativo, y se restablezca el derecho del actor, debe agotar previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio negativo.

El silencio negativo, en relación con la primera petición, también agota la vía gubernativa.

Sin embargo, si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, los interesados podrán demandar directamente los correspondientes actos".

En esta reforma se evidencia que pretendía el legislador volver a establecer el recurso de reposición como obligatorio cuando no procediera el de apelación. Por ello, ¡alabada su declaratoria de inexequibilidad!

## SECCIÓN B

### **Posición jurisprudencial relativa al agotamiento de la vía gubernativa como requisito de procedibilidad. Pronunciamientos previos a la expedición de la Ley 1437 de 2012**

Encontramos indispensable abordar la jurisprudencia tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional expedida antes de la Ley 1437 de 2011, no solo para señalar lo que aquí se ha considerado respecto de la naturaleza, características y finalidad que persigue el agotamiento de los recursos administrativos, sino para enunciar algunos problemas evidenciados al resolver casos que fueron puestos de presente en estas Corporaciones y que tuvieron que analizarse al decidir reafirmar este requisito de procedibilidad en el nuevo código administrativo y de lo contencioso administrativo.

#### **1. CORTE CONSTITUCIONAL. Necesidad de incluir el núcleo esencial del derecho de petición en la resolución de los recursos administrativos**

Desde iniciales pronunciamientos<sup>54</sup> la Corte Constitucional ha desarrollado el tema de la vía gubernativa y la obligación de agotarla para poder acudir a la administración de justicia, estableciendo que esta institución tiene su origen en la división de poderes y da el privilegio a la Administración para que revise sus propias decisiones, previo al conocimiento del juez.

De acuerdo con la jurisprudencia de este tribunal constitucional, la vía gubernativa es un presupuesto procesal y un requisito para que el juez pueda conocer de un conflicto administrativo. La Corte, en la sentencia C-742 de 1999, sostuvo que en materia laboral, la vía gubernativa “*se inspira en la necesidad de que previamente al sometimiento de la controversia al conocimiento del juez laboral, el interesado formule su pretensión, comprensiva de la totalidad de los derechos reclamados ante la administración, con el fin de que ésta tenga la oportunidad de decidir, en forma expresa, si conforme a los hechos y a la normatividad jurídica que fuere aplicable, es procedente el reconocimiento de los correspondientes derechos, sin perjuicio de que para facilitar el acceso a la justicia laboral se*

---

<sup>54</sup> Sentencia C- 060 de 1993. MP Antonio Barrera Carbonell, C-742 de 1999 MP José Gregorio Hernández Galindo.

*prevea la decisión ficta o presunta, cuando se opera el fenómeno del silencio administrativo negativo”.*

La Corte Constitucional estima que el agotamiento de la vía gubernativa es una oportunidad para que la administración ejerza *“una especie de justicia interna”* con facultades para decidir, previamente a la intervención del juez, y provee al particular del beneficio de resolver el conflicto a través de una vía rápida y oportuna, *“sin necesidad de acudir a un largo, costoso y engorroso proceso judicial”*. De aquí, que esta Corporación concluya que la vía gubernativa muchas veces sustituye el poder judicial<sup>55</sup>.

Nos interesa destacar del desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional, los casos analizados en sede de revisión y que evidencian que la Administración ha desdibujado el verdadero alcance de los recursos administrativos, o por lo menos el expresado por el legislador al implementarlos en el ordenamiento jurídico como un requisito de procedibilidad, en el sentido de que constituyen una oportunidad para que las autoridades públicas revisen sus decisiones antes de que el juez conozca de la respectiva controversia.

En efecto, se ha demostrado que, este mecanismo se convirtió en una forma de retrasar la puesta en marcha del aparato jurisdiccional premiado por la Ley, a través de la figura del silencio administrativo negativo. Pues atendiendo a este efecto, en algunos casos se abstuvo de resolver los recursos administrativos.

Frente a ello, la Corte Constitucional en aras de garantizarle al ciudadano, que recurrió una decisión administrativa, el derecho a obtener una respuesta dentro del término legal, vinculó el trámite de los recursos administrativos al núcleo esencial del derecho de petición, pese a la configuración del silencio administrativo positivo.

Es decir, la Corte tuvo que aplicar el componente mínimo del derecho de petición a fin de que las autoridades públicas resolvieran los recursos en sede administrativa, esto a nuestro juicio deja claro la manera como las autoridades públicas materializan en su actividad administrativa y el significado del trámite de los recursos administrativos.

En este sentido, en forma reiterada<sup>56</sup> el Tribunal Constitucional ha establecido que *“la interposición de los recursos de vía gubernativa es una especie de derecho de petición, con la diferencia específica de que se orientan a aclarar, modificar o revocar un acto”*.

---

<sup>55</sup> Ver también en este sentido: sentencia C- 313 de 2003 MP. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>56</sup> Ver entre muchas otras sentencias T-450 de 1994 MP Hernando Herrera Vergara, T-304 del 1 de julio de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía, T-400 de 2008 MP. Manuel José Cepeda Espinosa, T-897 de 2007 MP. Manuel José Cepeda Espinosa, T-304 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía, T-1175 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-051, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.



Además ha señalado que: *“la figura del silencio administrativo no libera a la Administración de la obligación de resolver oportunamente la petición, pues su objeto es distinto. El silencio administrativo es la prueba incontrovertible de que se ha violado el derecho de petición”<sup>57</sup>*.

Bajo esta línea, en la sentencia T-897 de 2007<sup>58</sup> la Corte Constitucional revisó un fallo de tutela en el cual se resolvió el caso de un habitante del Municipio de Cali que consideró que la administración municipal, le vulneró el derecho de petición al no resolverle un recurso de reposición. En esta oportunidad, la Corte reiteró la regla jurisprudencia que permite amparar el derecho de petición en los eventos en que no se resuelva un recurso administrativo. En concreto señaló:

*“(…) la interposición de los recursos de vía gubernativa es también una forma de ejercer el derecho de petición, sólo que con características específicas, toda vez que en estos eventos la petición se orienta a aclarar, modificar o revocar un acto. Pero el derecho fundamental de petición consiste no sólo en la facultad de la persona de formular una petición respetuosa ante las autoridades, sino también en recibir de ellas una respuesta rápida y de fondo. Por consiguiente, el derecho de petición debe recibir una respuesta en las oportunidades legales, pero debe ser, además, una respuesta congruente con las solicitudes del actor”<sup>59</sup>*.

En igual sentido, en la sentencia T-027 de 2007<sup>60</sup> la Corte revocó un fallo de tutela en el que el juez en primera instancia, negó el amparo del derecho de petición que reclamaba un ciudadano a quien el Instituto de Seguro Social – ISS- no le resolvió un recurso de apelación que interpuso en contra de una resolución que le negó el reconocimiento y pago de una mesada pensional. El tribunal concilió aquí dos instituciones que se enfrentaban, el silencio administrativo que ataca el requisito de subsidiaridad de la acción de tutela. No obstante, a partir de la doctrina constitucional en virtud de la cual asemeja el recurso administrativo al derecho de petición, por lo tanto ordenó al ISS resolver el recurso de apelación<sup>61</sup>.

Son muchos los casos en los que se constata que las autoridades públicas irrespetan el propósito de los recursos administrativos, situaciones que no fueron analizadas al expedirse la Ley 1437 de 2011 que reafirmó esta

---

<sup>57</sup> Sentencia T-377 de 2000 MP Alejandro Martínez Caballero

<sup>58</sup> EN igual sentido las sentencias T-294 de 1997; T-457 de 1994; T-276 de 2001 MP Clara Inés Vargas Hernández; T-788 de 2001 MP Jaime Córdoba Triviño; T-911 de 2001 MP Rodrigo Escobar Gil; T-363 de 2002 MP Jaime Córdoba Triviño; T-944 de 2004 MP Clara Inés Vargas Hernández; T-213 de 2005 MP Álvaro Tafur Galvis; T-1099 de 2005 MP Rodrigo Escobar Gil; T-316 de 2006 MP Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>59</sup> En igual sentido sentencia T-1160A de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>60</sup> MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>61</sup> Ver también la sentencia T-499 de 2004 MP. Clara Inés Vargas, T-213 de 2005 MP Álvaro Tafur Galvis, T-657 de 2004 MP Álvaro Tafur Galvis.

herramienta con las mismas finalidades que se persiguen desde que fue implementada en el ordenamiento jurídico colombiano como un requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción administrativa.

Otra faceta del requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción ordinaria para dirimir una controversia que suscite entre un particular y una autoridad pública es la “reclamación administrativa” contenida en el artículo 4<sup>62</sup> de la Ley 712 de 2001, que modificó el artículo 6 del Código Procesal del Trabajo.

Esta norma fue revisada por la Corte Constitucional en el marco de control abstracto mediante la sentencia C- 792 de 2006<sup>63</sup> declarando su exequibilidad condicionada a que *“el agotamiento de la reclamación administrativa por virtud del silencio administrativo negativo, es optativo del administrado, de tal manera que si decide esperar la respuesta de la Administración, la contabilización del término de prescripción sólo se hará a partir del momento en el que la respuesta efectivamente se produzca”*.

Conviene destacar de este pronunciamiento, que la Corte Constitucional aprovechó para reafirmar el criterio respecto al agotamiento de la vía gubernativa como requisito de procedibilidad en el sentido de que constituye un privilegio de la Administración, *“derivado del principio de autotutela administrativa y por virtud del cual debe brindarse a los entes públicos la oportunidad de pronunciarse sobre sus propios actos antes de que las controversias que hayan surgido en torno a ellos sean planteadas ante los tribunales”*.

En todo caso, la justicia ordinaria no podría diferenciarse de la jurisdicción administrativa y por ello, el acceso a la justicia ordinaria laboral también tenía que tener un requisito de procedibilidad y claro una figura como el silencio administrativo positivo también hace su aparición para habilitar al particular la posibilidad de acudir a la juez natural.

Al respecto, la Corte Constitucional acudió a una sentencia de la Corte Suprema de Justicia<sup>64</sup> que al respecto indicó:

*(...)“a través del instituto de la vía gubernativa se le da a dichas entidades, la oportunidad de ejercer una especie de justicia interna, como que la misma ley les permite conocer de manera primigenia, es decir, antes que a los propios*

---

<sup>62</sup> Este artículo establece: *Las acciones contra la Nación, las entidades territoriales y cualquier otra entidad de la administración pública solo podrán iniciarse cuando se haya agotado la reclamación administrativa. Esta reclamación consiste en el simple reclamo escrito del servidor público o trabajador sobre el derecho que pretenda, y se agota cuando se haya decidido o cuando transcurrido un mes desde su presentación no haya sido resuelta. Mientras esté pendiente el agotamiento de la reclamación administrativa se suspende el término de prescripción de la respectiva acción.”*

<sup>63</sup> MP Rodrigo Escobar Gil.

<sup>64</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de 13 de octubre de 1999, Radicación No. 12221.

*jueces del trabajo, las inconformidades de orden laboral que tengan las personas legitimadas para formularles esta clase de cuestionamientos, para que sean tales organismos, actuando como juez de sus propias decisiones, los que definan la viabilidad de aquellas y puedan así corregir por si mismas, cualquier error en que hayan podido incurrir en torno a las actuaciones que originaron tales desavenencias y evitar de esta manera los traumatismos propios de una controversia judicial.”[28]*

*En el artículo 6º del C.P.L.S.S. se adoptó una modalidad especial de aseguramiento de la oportunidad para la autotutela administrativa, porque al señalarse que la reclamación administrativa cuyo agotamiento es presupuesto para concurrir ante la justicia ordinaria laboral, consiste en el simple reclamo escrito del servidor público o trabajador sobre el derecho que pretenda, la sustrae del ámbito del agotamiento de la vía gubernativa previsto en el C.C.A. como requisito para que los particulares puedan acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa a demandar los actos administrativos unilaterales y definitivos de carácter particular y concreto, para someterla a una regulación más general y sencilla, conforme a la cual, en todos los eventos en que se pretenda demandar a una entidad pública ante la justicia ordinaria laboral, un presupuesto de procedibilidad de la acción es esa previa reclamación administrativa”.*

En suma, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional los recursos administrativos son un privilegio del que goza la administración para garantizar una buena administración pública. No obstante, algunas autoridades públicas han abusado de esta oportunidad con el respaldo de los efectos del silencio administrativo positivo y con el auspicio del legislador que impone el trámite del recurso de apelación para poner en marcha el aparato judicial, han burlado la confianza del particular, convirtiendo en el agotamiento de la vía gubernativa o tramite de los recursos administrativos en un mecanismo para retardar el acceso a la administración de justicia.

## **2. CONSEJO DE ESTADO**

En un pronunciamiento del 2008<sup>65</sup> el Consejo de Estado enseña que la vía gubernativa es una oportunidad para que la Administración pueda revisar sus propias decisiones antes de que un Juez lo haga, al respecto expresó: “*Con este trámite, la Administración tiene la oportunidad de revisar su decisión y si es del caso, modificarla, complementarla, aclararla o revocarla, antes de que la controversia sea planteada judicialmente. Establece el art. 135 del CCA que constituye presupuesto indispensable para acudir ante esta jurisdicción,*

---

<sup>65</sup> Consejero ponente: Juan Ángel Palacio Hincapié. Sección Cuarta sentencia del veintiséis (26) de junio de dos mil ocho (2008) Radicación número: 85001-23-31-000-2001-00466-01-15708

*en acción contenciosa de nulidad y restablecimiento del derecho, que se haya agotado la vía gubernativa”.*

Posteriormente<sup>66</sup>, el Consejo de Estado define claramente el concepto de actividad administrativa y vía gubernativa, este último que se superó con el nuevo nombre que el legislador le dio –recursos–

En concreto, indicó:

*“En efecto, son dos procedimientos distintos: el uno referido a la “actuación administrativa” que culmina cuando la Administración unilateralmente adelanta y define la investigación a través de la decisión que se materializa con la expedición y notificación del acto administrativo (entendido como la emisión de voluntad de la autoridad con el propósito de que produzca efectos jurídicos) vale decir, la resolución mediante la cual se pronuncia la Administración imponiendo la sanción o absteniéndose de hacerlo; y el otro, la denominada “vía gubernativa”, instituida para garantizar el derecho de defensa y contradicción de los posibles afectados frente a las decisiones administrativas y que se concreta en el ejercicio de los recursos propios de la vía gubernativa, como los de reposición de apelación, que corresponden a una etapa diferente, la de discusión y que están gobernados por sus propias reglas, como la del silencio administrativo<sup>67</sup>”.*

Lo expuesto, genera una inquietud respecto a la necesidad de distinguir la actuación administrativa de la vía gubernativa, es decir del momento en que adopta una decisión determinada respecto del trámite en el cual revisa aquella decisión. Es una distinción, inocua a nuestro juicio y que no presenta ninguna utilidad a la garantía de los derechos de los particulares.

Otro pronunciamiento<sup>68</sup> del Consejo de Estado reitera la finalidad de que se establezca como requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción administrativa el agotamiento de la vía gubernativa, así indica la importancia de este requisito como una oportunidad para el administrado *“de obtener una revisión y corrección de la decisión contenida en ese acto, mediante su revocación, modificación o aclaración, y por ende la satisfacción o protección de sus derechos o intereses individuales, sin necesidad de acudir ante la autoridad judicial y, de otra parte, brindar a la Administración la*

---

<sup>66</sup> Consejero ponente: Julio Enrique Correa Restrepo Sección Cuarta junio diecinueve (19) de mil novecientos noventa y ocho (1998) Radicación: 8498.

<sup>67</sup> En igual sentido, ver sentencia del Consejo de Estado, MP. Manuel Santiago Urueta Ayola Radicación No 3990.

<sup>68</sup> Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA SECCION PRIMERA. Veinte (20) de septiembre de dos mil siete (2007) Radicación número: 13001-23-31-000-1995-12217-01.

*oportunidad de revisar su decisión y subsanar las irregularidades y errores en que hubiere incurrido, de manera tal que de encontrarla ilegal la modifique, aclare o revoque, evitando así, en últimas, la intervención de la jurisdicción contencioso administrativa, que por lo mismo viene a ser subsidiaria”.*

Ahora bien, dentro de este mismo pronunciamiento se evidencia la verdadera justificación de que el agotar la vía gubernativa se encuentre establecido en el ordenamiento jurídico colombiano como un requisito para poder acceder a la administración de justicia. A partir de la siguiente afirmación:

*(...) una eventual condena que pueda afectar negativamente al erario con ocasión del ejercicio que de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho hiciera el administrado contra el acto ilegalmente expedido. Pero visto el panorama de las diversas situaciones jurídicas en que puede ocurrir el agotamiento de la vía gubernativa en el sentido expuesto, esa finalidad sólo encuadra en el caso a que se refiere el numeral segundo del artículo 63 del Código Contencioso Administrativo, es decir, cuando el interesado haga uso de los recursos procedentes contra el acto administrativo en mención, de los cuales, por regla general, está consagrado que el recurso de apelación es obligatorio. Lo anteriormente expuesto, se explica en tanto se entienda la vía gubernativa como una de las especiales manifestaciones del Derecho Fundamental de Acceso a la Justicia y consecuentemente como un particular desarrollo del debido proceso administrativo, lo que en últimas se traduce en un potestad del administrado para controvertir las decisiones de la Administración y en un deber de ella en cuanto a su revisión”.*

La posición del Consejo de Estado, órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa se encuentra dirigida a justificar que este mecanismo sea un requisito de procedibilidad, cuya posición es comprensible teniendo en cuenta que este órgano es uno de los afectados con la congestión judicial.

A manera de reflexión, en esta primera parte se estableció el concepto, la naturaleza y la finalidad de los recursos administrativos como un elemento de la autotutela administrativa. A partir de aquí, se logró evidenciar la razón por la cual el legislador ha dado a este mecanismo la connotación de privilegio el cual ostenta la Administración al establecerse el trámite de aquellos como requisito de procedibilidad.

Al respecto, encontramos un apoyo de la doctrina nacional y una advertencia de reevaluarlo por parte de la doctrina extranjera. La realidad de su práctica en el marco de la garantía de los derechos de los particulares y de la materialización de los presupuestos constitucionales trazados en 1991, tal como lo muestra la jurisprudencia, en sede de tutela, de la Corte Constitucional aun apoyando el trámite obligatorio del recurso.

Estos aspectos conforman el escenario sobre el que actuaron los promotores de la Ley 1437 de 2011 y por lo tanto abordaremos en la segunda parte de nuestro trabajo las manera como el legislador consideró estos aspectos al momento de reafirmar este requisito de procedibilidad a fin de establecer si con esta herramienta en particular, alcanzó el propósito de esta reforma.

## PARTE II.

Nos proponemos en esta segunda parte, analizar si la reafirmación del trámite del recurso de apelación como requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción administrativa en la Ley 1437 de 2011 constituye una expresión de los propósitos del nuevo código administrativo y de lo contencioso administrativo. Para esta finalidad, desarrollaremos (i) los motivos expuestos por el legislador para expedir un nuevo código administrativo y de lo contencioso administrativo, (ii) los aspectos que tuvieron que tenerse en cuenta antes de decidir reafirmar los recursos administrativos como un requisito de procedibilidad y (iii) las razones que permiten concluir que la reafirmación de los recursos administrativos en la Ley 1437 de 2011 podrían desdibujar la finalidad perseguida por el legislador con la expedición de este precepto.

Uno de los propósitos del legislador al expedir la Ley 1437 de 2011 radica en reafirmar la independencia de la Administración para garantizar en sede administrativa los derechos de los particulares, evitando la intervención del juez administrativo.

De esta manera, el ponente de la Ley 1437 de 2011<sup>69</sup> Héctor Heli Rojas Jiménez manifestó que se pretendió la adecuación del derecho administrativo colombiano al fenómeno de la globalización del derecho. Consideró, que si Colombia no garantiza la hominización de las instituciones que intervienen en la resolución de las controversias que susciten con una autoridad pública podría correr el riesgo *“de que los actores de las relaciones jurídicas recurran al arbitramento internacional, al derecho pactado, a Cortes o Cámaras de solución de conflictos ubicados en diversos sitios del planeta, y que desechen el derecho administrativo interno de quienes se resisten al cambio”*.

Sostiene que, al mantener vigente el código del 80 se conserva el lastre de la Constitución de 1886, así como la soberanía nacional y la preeminencia de la Ley positiva. Estima, que con la Constitución de 1991 nacieron paradigmas como la soberanía popular y la importancia del control constitucional de los preceptos legales, el surgimiento de un Estado Social de Derecho, nuevo modelo que implica una transformación del derecho administrativo en pro de la garantía de los derechos de los particulares y por lo tanto, una Administración al servicio de aquellos.

---

<sup>69</sup> Gaceta 1210 de 2009

Ahora bien, el Decreto 01 de 1984 estuvo vigente veinte años más en vigencia de la Carta de 1991 y los cambios que se intentaron en aras de adecuar este código con los nuevos postulados constitucionales resultaron insuficientes. De aquí, que el senador Hector Helí Rojas justifique esta reforma desde la “*problemática de la internacionalización y modernización de la temática de la administración y sus conflictos*”.

Bajo esta misma línea, el Consejero de Estado William Zambrano Cetina<sup>70</sup> consideró que la Ley 1437 de 2011 reafirmó las herramientas que le permiten a la Administración cumplir con estos propósitos. En concreto, señaló: “*cinco herramientas se establecen para el efecto, a saber: i) se afianza el derecho de petición como eje de toda actuación iniciada por un particular, ii) se otorgan instrumentos a la administración para entender situaciones de emergencia en los que estén en juego los derechos fundamentales del peticionario, iii) se fortalecen los recursos administrativos para que dejen de entenderse como un simple requisito de procedibilidad, iv) se establece, para garantizar el principio de igualdad, el deber de aplicar de manera uniforme las normas y para el efecto tomar en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten dichas normas, al tiempo que, v) se establecen un mecanismo para extender los efectos de una sentencia de unificación del Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos*”.

Frente a ello, queremos anotar que de la lectura del articulado que conforma el nuevo estatuto, no se evidencia una herramienta que elimine el carácter de simple requisito de procedibilidad que tienen los recursos administrativos. Pues las modificaciones que se realizaron en el plazo y otros mínimos aspectos no eliminan esta tendencia.

En efecto, la Ley 1437 de 2011 reiteró este mecanismo<sup>71</sup> con algunas modificaciones, luego de un juicioso estudio a través del desarrollo histórico que han tenido estas formas de autocontrol en contraste con aspectos que conforman el principio de buena gobernanza y las nuevas tendencias del Derecho de esta época podremos analizar más adelante, sí con el nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo se está ratificando la utilidad de estos en pro de la descongestión judicial, confirmando así el sometimiento del ciudadano a la Administración. Es decir, que lo que está cambiando es la finalidad que persigue el legislador con este mecanismo sin embargo su trámite es el mismo.

Respecto a las herramientas referidas por el doctor William Cetina, el senador Héctor Helí Rojas, afirmó que el nuevo precepto contiene el establecimiento de reglas imperativas para que la Administración proteja directamente los

---

<sup>70</sup> Instituciones de Derecho Administrativo en el nuevo código- Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011. CONSEJO DE ESTADO. Bogotá 2012. Pág. 40 ss.

<sup>71</sup> Artículos 74 ss. y 93 ss. de la Ley 1437 de 2011

derechos de las personas en sede administrativa, dejando la intervención del juez a aquellos casos en los que la Administración considere que debe denegar el derecho. Dentro de estos mecanismos, relacionó los siguientes: el deber de aplicar la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>72</sup> y extenderla a casos similares. Aunque nada expresó de los recursos administrativos se entiende que estos preceptos tienen aplicación durante el trámite de aquellos.

En fin, lo que se busca según este senador es *“que este tipo de medidas se acepten y se acojan en la cultura administrativa del país, para disminuir la litigiosidad imperante”*.

Entonces, el nuevo estatuto pretende garantizar los derechos de los particulares en un marco de principios, valores y derechos constitucionales. Para ello, el legislador consideró necesario replicar el agotamiento de los recursos administrativos, de esta manera proporcionó a la Administración herramientas para “hacer las cosas bien”, y que en caso de equivocarse pueda corregirlas, sin que el juez administrativo intervenga.

Sin embargo, resulta cuestionable la manera como desde esta perspectiva, el trámite de los recursos administrativos, al establecerse como requisito de procedibilidad logran este cometido cuando este trámite en la práctica es un requisito para agotar la conciliación administrativa. Es decir, con tantos obstáculos para que el juez revise la actuación administrativa no se incentiva a que el agente público actúe en forma correcta.

No obstante, nótese que lo señalado por Zambrano Cetina nos permite advertir que es una realidad que, los recursos administrativos se han tornado en un trámite que adelantan los particulares, debido a su carácter obligatorio, a fin de que la controversia sea resuelta por un juez administrativo.

Aquí, es en donde cobra importancia la confianza del particular en la Administración como un aspecto determinante en la realización de los fines de un Estado Social de Derecho.

Uno de los retos de la Administración pública en un Estado Social de Derecho es que cada una de las actuaciones se adelante bajo la luz de los principios rectores de la gestión pública permitiendo que su actuar sea eficaz, garantista y que evite que los ciudadanos tengan que poner en marcha el aparato jurisdiccional y no que se tarden más para hacerlo<sup>73</sup>.

Ahora bien, brindar seguridad y confianza a los administrados, es uno de los principales retos que debe enfrentar la Administración en desarrollo de los recursos administrativos en el actual código. Frente a este tema en la ley 1437 de 2011 se interpretó ese deber de la siguiente manera.

---

<sup>72</sup> Sin embargo a través de la sentencia C-634 de 2011 MP Luis Ernesto Vargas Silva, se incluyó el precedente constitucional

<sup>73</sup> En este sentido: SANTOFIMIO GAMBOA JAIME ORLANDO. *Tratado de Derecho Administrativo Tomo II*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.



(i) Amplió el termino que se tiene para presentarlo a diez días; (ii) eliminó el requisito de pagar lo que se reconoce deber previo a la presentación del respectivo recurso; (iii) limitó las causales de rechazo del recurso al cumplimiento de tres requisitos (oportunidad, sustentar con expresión concreta los motivos de inconformidad e indicar el nombre y dirección del recurrente); (iv) estableció la posibilidad de que las entidades públicas creen grupos especializados para preparar las decisiones de los recursos presentados ante estas.

## CAPÍTULO I

### **Aspectos relevantes que debieron influir en la decisión de reproducir el requisito de procedibilidad en la Ley 1437 de 2011**

Para desarrollar otro tema anunciado para esta segunda parte del trabajo, luego de expresar los propósitos del legislador al expedir este nuevo estatuto, plasmaremos los aspectos que a nuestro juicio debieron advertir al legislador que los recursos administrativos constituían una herramienta que debería reevaluarse en el sentido de permitir que su práctica sea una decisión del particular y no una obligación. En concreto, nos referiremos a (i) la eliminación del requisito de procedibilidad como una tendencia en un Estado posmoderno

Aunque la tendencia de la jurisprudencia y la doctrina siempre ha mantenido su inclinación a apoyar que los recursos administrativos se mantengan en el ordenamiento jurídico colombiano como un requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción administrativa, sin perjuicio de que además deba agotarse la conciliación administrativa, alguna parte de la doctrina, como lo hemos señalado, ha reflexionado en relación con la forma como estas herramientas se han impuesto a los particulares ocasionando una lesión a la garantía del acceso a la administración de justicia.

Bajo esta línea argumentativa, merece la pena recordar al maestro Ramón Parada quien estima que el trámite del recurso administrativo es un privilegio para la Administración, *“pues con el filtro puede retrasar en su favor-mientras ella misma no resuelve los recursos o reclamaciones- en el enjuiciamiento por los Tribunales de sus actos y conductas”*<sup>74</sup>.

También, lo expuesto por el profesor Gustavo Penagos quien reconoce a partir de lo sostenido por el profesor Parada que la eliminación de la vía gubernativa es una tendencia de derecho posmoderno.

---

<sup>74</sup> Ibídem Pág. 656.

Es preciso anotar, que una de las exigencias propias de la transformación y el progreso en la relaciones entre los particulares y las autoridades públicas, que no son ajenas a nuestro país, obligan al legislador a expedir leyes que garanticen la promoción del bienestar general y la eliminación de técnicas de sometimiento de los ciudadanos a las autoridades públicas.

Esto fue lo que pretendió el legislador al expedir la Ley 1437 de 2011, es decir que el código administrativo se adecuara a la nueva Constitución, sin olvidar que, la jurisprudencia había adelantado una gran tarea al respecto durante veinte años.

La Carta de 1991 organizó a Colombia como un Estado Social de Derecho que implica primordialmente, la garantía de los derechos de las personas, pero a partir de una realidad material y no formal. De ahí que uno de esos aspectos que debió observar el legislador es la realidad del día a día del trámite de los recursos administrativos en las entidades públicas.

Dentro de las transformaciones del derecho, necesarias para que estos propósitos se materialicen, se encuentra la de eliminar todas aquellas herramientas que implican una barrera en el ejercicio efectivo de los derechos de los particulares. En este sentido, consideramos que el legislador no realizó un adecuado análisis a partir de la realidad material que involucra el procedimiento administrativo en lo pertinente a los requisitos de procedibilidad para acudir a la jurisdicción administrativa, en el sentido de que este mecanismo se ha convertido en una forma de retrasar la puesta en marcha del aparato jurisdiccional.

## SECCIÓN A

### **La eliminación del requisito de procedibilidad: una tendencia en un Estado posmoderno**

La transformación del Estado de Derecho a Estado Social de Derecho implica un cambio para la Administración en el sentido de que la convierte en servicial. El hombre, como centro de la su actividad, la obliga a garantizar de manera efectiva los derechos constitucionales de los particulares.

En la adecuación del derecho administrativo a estos nuevos retos, se han identificado distintas tendencias. El profesor Manuel Restrepo Medina<sup>75</sup> identifica dentro de ellas la “*constitucionalización*” en el sentido de la acepción del texto constitucional como norma rectora. Ello, implica para la administración pública el deber de que durante su actuación observe los *principios, valores y derechos* consagrados en la Constitución.

---

<sup>75</sup> MEDINA RESTREPO, Manuel Alberto. “*El Derecho Administrativo en los albores del siglo XXI*”, Universidad del Rosario, Bogotá 2007 pág. 37 ss.

Consecuencia de esta tendencia, en lo relativo a la resolución de conflictos entre los particulares y las entidades públicas, el profesor Restrepo hace referencia a la preferencia del uso de las acciones constitucionales sobre las tradicionales acciones administrativas.

En efecto, la Corte Constitucional ha establecido reglas jurisprudenciales relativas al amparo del debido proceso en sede administrativa, al derecho de petición, al reconocimiento de los derechos a la seguridad social por parte de las entidades públicas, inclusive ha intervenido en el desarrollo de las políticas públicas en situaciones como la situación de desplazamiento forzado y la garantía efectiva del derecho a la salud, a través de las respectivas salas de seguimiento a las sentencias estructurales T-025 de 2004 y T-760 de 2008. Así como, en el seguimiento a problemas originados en las transformaciones que han sufrido entidades ya extintas como Cajanal y el ISS.

Las otras tendencias a las que debe responder el derecho administrativo en el Estado Social de Derecho y al fenómeno de la globalización radican en la necesidad de disminuir las prerrogativas de la Administración en busca del equilibrio entre los ciudadanos y las autoridades públicas. En razón a ello, la creación de mecanismos alternativos de solución de conflictos y la introducción de categorías de derecho privado.

Ahora bien, otra tendencia que hallamos en la obra “El Estado Posmoderno” del maestro Jacques Chevallier<sup>76</sup>, es la *governabilidad* como una nueva forma de regulación y de directriz en la relación entre el Estado y los particulares y que deja atrás el mecanismo autoritario y jerárquico de *gobierno*. En ese marco, la Administración está obligada a crear mecanismos para resolver los conflictos dentro de los componentes mínimos que materialicen el “*dialogo social*”.

No obstante, consideramos que aquello, no se logra cambiando de nombre de la vía gubernativa, pues requiere de mecanismos más efectivos como la eliminación de barreras que impidan el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de quien pretende someter una controversia a conocimiento del juez natural.

Respecto de la obra del maestro Chevallier, la profesora Viviana Díaz Perilla en su publicación “*una mirada al Estado pos-moderno de Jaques Chevallier*”<sup>77</sup> consolida las ideas más importantes de esta obra y la intención de su publicación, a lo cual nos referiremos en lo pertinente al tema de nuestro estudio.

La autora, comienza por explicar el concepto que trajo la creación del Estado como organización política y valores establecidos por la modernidad en donde la *razón* marcaba la pauta en los mecanismos de gobierno. Estas ideas fracasaron dándole paso al concepto de *pos-modernidad*.

---

<sup>76</sup> CHAVELLIER Jaques. *El estado Posmoderno* traducción Oswaldo Pérez. Universidad Externado. Bogotá 2011.

<sup>77</sup> VIDAL PERDOMO Jaime. “*Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo*”. Pág. 411.

Señala que, el concepto de *pos-modernidad* está estrictamente ligado a la *evolución de los roles de estado* que conlleva a un cambio en la gestión administrativa pues al bien común como principio rector de su actuar, se suma el de *eficacia*. De esta manera la actividad pública estatal se acerca más a la gestión de la empresa privada.

En este escenario, para Díaz Perilla “*resulta paradójico que el Estado continúe ejerciendo sus actividades estando sometido a reglas derogatorias del derecho común y que al mismo tiempo pretenda funcionar como lo haría una empresa del sector privado. Según esta crítica, para poder lograr los cambios esperados en la administración se haría necesario alejarse de una normatividad tan rígida y poco práctica y, sobre todo, tan inequitativa*”<sup>78</sup>.  
(Negrilla fuera del texto original)

En relación con las novedades que trae el fenómeno de la globalización en el derecho administrativo, el tratadista Mir Puigpelat<sup>79</sup> estima, que resulta extraño el crecimiento de los espacios en los cuales la Administración “*autocontrola y autoregula*” pues de cierta manera aquella, termina controlando las decisiones aun de quien controla en los eventos en que ha cedido esta posibilidad a particulares.

Este es un problema que conlleva el tema de la gestión de los particulares, sin embargo, la plasmamos en este caso para ilustrar otra problemática que se extiende al trámite de los recursos en el sentido de que la Administración en eventos funge como juez y parte en la resolución de controversias que suscitaron por una decisión que una autoridad pública adoptó en un caso particular.

Ahora bien, este autor ha considerado que a fin de lograr el equilibrio entre las prerrogativas de la Administración y “*la sociedad*”, se amplió la intervención de los jueces en las decisiones administrativas que se limitan a ejercer un control de legalidad y en consecuencia, se redujo el privilegio de resolver una controversia que suscite con un particular bajo un “*criterio científico técnico*”. En concreto, considera que el nuevo modelo de Estado reconoce derechos a los ciudadanos y muchos mecanismos para reclamar su garantía que no necesariamente implican la intervención judicial.

En una mirada que hace al futuro, como determina este autor a la crítica respecto del camino que está tomando las transformaciones de la Administración en la nueva forma de Estado, llama nuestra atención la advertencia frente a la posición pasiva adoptada respecto del fenómeno “*huida del derecho administrativo al derecho privado*” y que a su juicio conlleva al desprestigio definitivo de la Administración. Frente a ello propone, un cambio en la mentalidad de los funcionarios motivándolos a garantizar una efectividad en sus decisiones. En concreto sostuvo:

---

<sup>78</sup> DIAZ PERILLA Viviana. Pág. 433

<sup>79</sup> MIR PUIGPELAT Oriol. “*Globalización Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*” Civitas Ediciones, Madrid 2004 pág. 122 ss.

*“En general, pienso que debemos esforzarnos en adaptar todo el Derecho administrativo –y no sólo el que está siendo desplazado por el Derecho privado- a las necesidades actuales. Muchas instituciones del Derecho administrativo han sido elaboradas de forma maximalista desde una perspectiva demasiado guiada por la desconfianza ante los administradores públicos y por la voluntad de proteger a toda costa los intereses de los particulares”.*

*(...) el derecho administrativo del siglo veintiuno, el derecho administrativo de la segunda modernidad, requiere una nueva piel, nuevas técnicas, nuevos instrumentos. Los administrativistas debemos ayudar a confeccionarla, no tratar de seguir enfundándolo en la vieja piel, una piel en muchos aspectos irreversible, demasiado rígida y poco flexible<sup>80</sup>”*

Al respecto, consideramos que en nuestro ordenamiento jurídico se han creado mecanismos que de manera simultánea han ampliado las herramientas para que los ciudadanos puedan acceder a la propia administración a fin de buscar una garantía real y efectiva de sus derechos pero de manera simultánea, ha dispuesto herramientas que retrasan la intervención judicial como es el caso de los requisitos de procedibilidad -recursos y conciliación-

Esto obedece, a juicio de Sabino Cassese<sup>81</sup> a que las transformaciones del derecho administrativo se producen de manera rápida y constante, contrario por ejemplo a las modificaciones que ha sufrido el derecho francés.

Las transformaciones al derecho administrativo, según este tratadista, se producen de manera sectorial *“el nuevo Derecho administrativo convive con el viejo Derecho administrativo”* y esto ha ocasionado problemáticas para identificar los principios que regulan la actuación administrativa en el sentido de que el legislador no se decide por admitir prerrogativas de las autoridades públicas o por equilibrarlas con los derechos de los ciudadanos.

El profesor Ibáñez Najar <sup>82</sup> al respecto, ha considerado que en pleno Siglo XXI luego de que hemos abandonado la inmunidad y los privilegios del Estado y, predicamos en cambio los derechos de los administrados frente a la Administración, debe pensarse en eliminar la vía gubernativa como requisito obligatorio y por lo mismo como requisito de procedibilidad para poder acudir ante el juez contencioso administrativo.

Ello no significa que deba abandonarse la vía gubernativa, sino que esta no debe ser obligatoria, sino facultativa; en otros términos, que sea un derecho del particular y por lo mismo una facultad que le permita impugnar en sede administrativa las decisiones de la Administración. En todo caso, que si decide no hacerlo, lo mismo no constituya un impedimento para ejercer su derecho constitucional de acceso a la administración de justicia.

---

<sup>80</sup> MIR PUIGPELAT. Ibídem pág. 245.

<sup>81</sup> CASSASE Sabino. *“La Globalización jurídica”* Marcial PONS, Madrid 2006. Pág. 188

<sup>82</sup> IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique. 20 años de vigencia del código contencioso administrativo colombiano, 2004 Bogotá. En [www.usergioarboleda.edu.co](http://www.usergioarboleda.edu.co)

Esta es una repetición de un párrafo anterior.

En suma, el propósito principal del derecho administrativo debe ser el de proporcionar herramientas que se traduzcan en la garantía de los derechos constitucionales de los particulares y crear mecanismo que faciliten el dialogo social, fortaleciendo la confianza de la ciudadanía en la administración. Para ello, se debe permitir que libremente los particulares elijan insistir a la autoridad pública que reconsidere una decisión que le resultó desfavorable o acudir directamente al juez administrativo con lo que ello implica: un largo proceso.

## SECCIÓN B

### **El trámite de los recursos administrativos como requisito de procedibilidad: una herramienta que sirve al propósito de la descongestión judicial**

Resulta relevante para nuestra investigación, que hagamos referencia a la finalidad que ha dado el legislador a los recursos administrativos para descongestionar la jurisdicción administrativa. Ello, con el objeto de establecer si dentro de las nuevas tendencias de un Estado Social de Derecho este tipo de mecanismos permite garantizar de manera efectiva los derechos constitucionales de los particulares y si constituyen una traducción de los postulados de la Carta de 1991.

Iniciaremos esta sección, con la reflexión que nos deja la lectura de la ponencia presentada por la ex Consejera de Estado María Elena Giraldo Gómez<sup>83</sup>, en el sentido de que la congestión de la jurisdicción administrativa obedece al ejercicio masivo de las nuevas acciones que implementó la Carta de 1991 en favor de los ciudadanos “*perdida de investidura de congresistas, tutela, cumplimiento, populares, de grupo, y de repetición*” y que los mecanismos en la administración de justicia y en la gestión pública no fueron adaptados para esta nueva carga. Aunque las propuestas señaladas por la autora para superar estos problemas de congestión judicial, se encuentran dirigidas a la implementación de herramientas que permiten el egreso efectivo de los procesos judiciales, admite como posibilidad la desjudicialización de controversias que pueden ser resueltas por la Administración.

La doctrina colombiana se ha mantenido uniforme en considerar que el establecimiento del trámite de los recursos administrativos como requisito de procedibilidad permite que durante la actuación administrativa se garanticen los derechos constitucionales de los particulares sin que aquellos, se vean obligados a ventilar sus controversias al juez administrativo. Esto quiere decir,

---

<sup>83</sup> VIDAL PERDOMO Jaime, DIAZ PERILLA Viviana y RODRIGUEZ Gloria Amparo. “*Temas de derecho administrativo contemporáneo*”. Universidad del Rosario. 2005. pág 652 ss.

que una consecuencia de ello, es que se lograría descongestionar los despachos judiciales, evitando los egresos que es muy diferente a retrasarlos, sin embargo, esta expresión se ha quedado en las letras que expresan las buenas intenciones del legislador.

No obstante, a partir del éxito de esta herramienta al propósito de descongestionar los despachos judiciales, los mismos jueces administrativos han propuesto que en los casos en los cuales no procede el recurso de apelación se extienda el efecto de agotar la vía gubernativa o el requisito de procedibilidad al recurso de reposición.

En este sentido, el Magistrado del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca Leonardo Torres Calderón<sup>84</sup> propuso como técnica para descongestionar los despachos judiciales, entre otros, la modificación del artículo 50 del Decreto 01 de 1984 y el 77 de la Ley 80 de 1993 a fin de que se estableciera la obligatoriedad del recurso de reposición en contra de actos contractuales para formular una acción de controversias contractuales.

De la misma manera, merece la pena reiterar lo expuesto por el profesor Diego Younes<sup>85</sup> en relación con la manera como el trámite de los recursos administrativos ayuda al propósito de la descongestión judicial, en forma eficaz pues evita los ingresos de demandas y sin que se deba estimular los egresos de los procesos judiciales.

Esta posición, tendría un apoyo si realmente se lograra disminuir el número de demandas que radican los ciudadanos en la jurisdicción administrativa con decisiones garantistas y respetuosas de la Constitución y las leyes. Sobre este aspecto en particular, queremos destacar lo establecido por el profesor Manuel Alberto Restrepo Medina<sup>86</sup> respecto de las “*disfunciones de los procedimientos administrativos*” que evidenció como causa de la congestión judicial en los despachos administrativos.

En efecto, advierte el maestro Restrepo Medina que las demandas en esta jurisdicción, obedecen a que durante la actuación administrativa, en forma recurrente, se desconocen los derechos de los ciudadanos. En concreto, constató que la mayoría de las demandas radicadas son las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, formuladas por ciudadanos sobre todo en los

---

<sup>84</sup> Revista de Derecho Público No 18 , Universidad de los Andes, Facultad de Derecho “*La descongestión en la jurisdicción contencioso administrativa Una visión desde el Tribunal Administrativo de Cundinamarca*”. Bogotá 2005. Pág. 31ss.

<sup>85</sup> YOUNES Diego. “*Vía gubernativa - conciliación - arbitramento una compilación temática y jurídica para la descongestión en lo contencioso administrativo*”. Ibídem.

<sup>86</sup> ZAMBONINO PULITO, María y RESTREPO MEDINA Manuel Alberto. “*Sistemas de Garantías de los ciudadanos ante las administraciones públicas*” Iustel, España, 2010. Pág. 37 ss.

casos relativos a negativas de reconocimientos de prestaciones pensionales<sup>87</sup>. En este sentido, vale la pena recordar que la Corte ha evidenciado que las autoridades administrativas, ni siquiera efectuaba pronunciamiento alguno respecto de los recursos administrativos interpuestos en la denominada vía gubernativa y por ello, efectuó una vinculación de los recursos administrativos al núcleo esencial del derecho de petición, como ya se expuso arriba (*supra* sección B capítulo II parte I).

Un estudio coordinado por el doctor Manuel Restrepo<sup>88</sup> en una entrevista que se realiza a algunos jueces administrativos de diferentes circuitos judiciales se les indaga sobre la congestión judicial. En concreto se les pregunta lo siguiente: *¿qué otras causas puede haber, externas a la Rama Judicial y en particular a la Jurisdicción de lo contencioso administrativo?*.

Para responder este interrogante los encuestados, en su gran mayoría “38%” utilizaron esta opción: *“Las entidades administrativas no cumplen las normas y la jurisprudencia”* como una causa externa a la Rama Judicial.

Dicho estudio, evidencia que el legislador ha establecido soluciones para disminuir la descongestión judicial aumentando el recurso humano a fin de aumentar el número de egresos en los despachos judiciales, pero estas medidas no han presentado el éxito esperado.

Frente a este fracaso, el profesor Restrepo propone varias soluciones dentro de las cuales destacaremos aquellas que pueden ser realizadas durante la actuación administrativa. En este sentido, hace referencia a la necesidad de *“devolverle a la vía gubernativa su auténtico valor como instrumento de autocontrol y autocorrección de la Administración”*. Para tal fin, propone estimular el acatamiento del precedente judicial por parte de las autoridades públicas a través de la condena en costas y la sanción disciplinaria.

Al respecto, consideramos que la garantía de los derechos de los ciudadanos y la vinculatoriedad del precedente jurisprudencial debe presentarse desde que inicia la actuación administrativa pues los instrumentos de autocontrol y autocorrección deben ser la excepción y no la generalidad. Sin embargo, la Ley 1437 de 2011 se preocupó por crear mecanismos que adviertan a la Administración su deber de obedecer el precedente jurisprudencial.

Ahora bien, a nuestro juicio es necesario que se determinen sanciones a los operadores que desobedezcan la jurisprudencia de los órganos de cierre, y

---

<sup>87</sup> RESTREPO MEDINA Manuel. *Ibíd*em Pág. 42.

<sup>88</sup> RESTREPO MEDINA Manuel Alberto, *“Estudio Regional de la Congestión en la Jurisdicción Administrativa”* GIZ, CS de la J, C.E., AECID, Bogotá 2011.



aquellas se deben configurar desde el inicio de la actuación administrativa y no solamente en el trámite de los recursos administrativos.

En suma, como ya lo hemos establecido el trámite de los recursos administrativos siempre ha constituido una opción a la hora de establecer medidas que permitan descongestionar los despachos judiciales. Ello, porque el legislador intenta desestimar las demandas no porque se produzcan buenas decisiones si no porque con la preclusión de términos en el trámite de los recursos se produce la pérdida del derecho a demandar.

## **CAPITULO II**

### **Razones que desdibujan los propósitos del legislador con la expedición de la Ley 1437 de 2012 en lo pertinente a la obligatoriedad de agotar los recursos administrativos**

Bajo el escenario ya expuesto, queremos en este capítulo plasmar algunas razones que nos permiten concluir que la reafirmación de los recursos como una obligación y no como un derecho, aleja al legislador de materializar el fin principal que persiguió con la expedición del nuevo código.

1- El propósito del legislador con la expedición de la Ley 1437 de 2011 fue actualizar el código administrativo a la Constitución de 1991. Ello, implica la creación de herramientas que garanticen a los ciudadanos la protección de sus derechos constitucionales que obliguen a la Administración, a materializar estos propósitos evitando que el particular deba acudir a la jurisdicción para reclamar la protección de sus derechos, bajo actuaciones eficientes.

A nuestro juicio, esto no se logró al reafirmar el trámite de los recursos administrativos como un requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción administrativa pues esta medida no garantiza al particular el derecho a la tutela judicial efectiva a través del acceso a la administración de justicia. Además, no evita que las controversias sean sometidas al control del juez sino que lo retarda.

2- Existen dos requisitos que debe agotar el particular para acceder a la jurisdicción administrativa en lo pertinente a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho: el recurso de apelación y la conciliación administrativa.

3- En consecuencia, fracasa la actuación administrativa, los recursos como medios de autocontrol y la conciliación corre la misma suerte.

## SECCIÓN A

### **Coexistencia de dos requisitos de procedibilidad en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. ¿Una condena al fracaso de ambas herramientas?**

En esta sección, abordaremos el estudio de la conciliación administrativa como requisito de procedibilidad como un aspecto que tuvo que tener en cuenta el legislador en esta reforma.

La existencia de los recursos administrativos que buscan que la Administración resuelva los conflictos durante su actuación y eviten la intervención del juez natural, no fue una herramienta suficiente para el propósito de evitar que el juez administrativo resolviera una controversia originada entre un particular y una autoridad pública, en efecto, los conflictos finalmente llegaban a su órbita. En consecuencia, el trámite del recurso de apelación como requisito de procedibilidad no cumplió la finalidad de descongestionar la jurisdicción administrativa.

Entonces, no ha sido un mecanismo eficiente en la garantía de la pronta solución de los conflictos así como tampoco ha logrado que las autoridades públicas en esa segunda oportunidad, corrijan los yerros o de no haberlos, puedan convencer a aquellos ciudadanos quienes se encuentran inconformes, de que su decisión era correcta –confianza del ciudadano en la administración–

Bajo este escenario, y continuando con el propósito de descongestionar los despachos judiciales se suma a este trámite la obligación de agotar la conciliación administrativa, como otro requisito de procedibilidad que debe adelantar el particular que pretenda someter un conflicto a la decisión del juez administrativo.

Este mecanismo, permite el dialogo social y es utilizado para lograr la solución de las controversias sin necesidad de ventilarlas en la jurisdicción. No obstante, la naturaleza de la conciliación es incompatible con mecanismos que impliquen coerción o que puedan limitar la voluntad de las partes y por ello, al establecerse como requisito de procedibilidad, se desdibuja su verdadero significado y se convierte en otro trámite que deben agotar los ciudadanos para poder acudir al juez.

Ahora bien, la perspectiva de la Administración no difiere, pues así como los operadores administrativos entienden que el trámite del recurso de apelación

es un requisito que debe agotar el ciudadano antes de que el juez conozca de una controversia suscitada entre una autoridad pública y un particular, se extiende esta interpretación al trámite obligatorio de la conciliación.

La conciliación en materia administrativa es una institución relativamente nueva en nuestro ordenamiento jurídico, ello debido a la resistencia de admitir que algunos asuntos de carácter público podían ser transigibles y conciliables, luego de haberse aceptado esta posibilidad, entonces el legislador decidió usarla como una herramienta para la descongestión judicial. Es a nuestro modo de ver, como si se avanzara un paso pero se retrocediera tres.

En este contexto, consideramos oportuno desarrollar un análisis de los antecedentes que sirven de base al origen de la conciliación administrativa, para ello abordaremos los siguientes temas: (i) orígenes y aspectos generales de la conciliación; (ii) evolución de la conciliación administrativa en Colombia y la coexistencia con el trámite de los recursos administrativos.

En relación con el primer aspecto, acudiremos a una referencia colombiana que explica la genealogía de conciliación, se trata del tratadista José Roberto Junco Vargas<sup>89</sup> quien analiza una primitiva sentencia del Tribunal Supremo del Trabajo del 15 de diciembre de 1948 con ponencia del doctor Jaramillo Arrubla<sup>90</sup>, la cual se considera una “joya” pues es el principal documento y de los pocos registros que se encuentran en el País, en los que se hace una referencia histórica de la conciliación.

Este fallo, enseña la aparición de esta institución en Roma, específicamente en la ley de las doce tablas en donde se estableció como vinculante el acuerdo entre las partes ya que en términos de Cicerón la transacción implicaba sacrificar algo del “*propio derecho*”.

Destacable, la cita que incluye este pronunciamiento de algunos apartes bíblicos a partir de los cuales se resalta la importancia de la conciliación como un mecanismo para resolver conflictos entre los seres humanos, que a juicio de la iglesia eclesiástica son generados por sus propias pasiones. La sentencia transcribe el evangelio de San Mateo que expresa: “*sé transigente con tu adversario pronto, mientras estés en el camino, no sea que te entregue al Juez*”.

---

<sup>89</sup> Junco Vargas ob.cit pág. 3 ss.

<sup>90</sup> Gaceta del trabajo, órgano del Tribunal Supremo del Trabajo, números 17 a 28 enero a diciembre de 1948, Tomo III Bogotá.

De la misma manera, se refiere al Fuero Jugo, en la que se señaló la labor de los “*mandaderos de paz*” funcionarios que eran nombrados por el Rey eventualmente para conciliar pleitos que él mismo determinaba.

A partir de estos precedentes, se pretendió resaltar la manera como la conciliación apareció con el claro propósito de resolver conflictos. Pues tal sería su éxito que durante la revolución francesa, tuvo un gran efecto útil y fue establecida como un requisito de procedibilidad para presentar demandas de carácter civil en la Ley 24 de agosto de 1970.

Legislaciones como la francesa, la española, la italiana, la alemana y la argentina han establecido la conciliación como obligatoria para acudir a la jurisdicción ordinaria y hechos como la revolución francesa y preceptos del derecho canónico han sido determinantes en el establecimiento de la conciliación como requisito de procedibilidad para demandar ante las jurisdicciones civil, de familia y laboral.

El pronunciamiento en comento, enseña que en Colombia la conciliación ha sido instituida como requisito de procedibilidad en materia laboral a través del Decreto 2350 de 1944, para este fin se designó como conciliadores a los jueces del trabajo. Esta disposición, fue reiterada en la Ley 6 de 1945. Para entonces tal mecanismo hacía parte de la actividad judicial y no de otra autoridad administrativa, lo que nos permite pensar que para entonces la congestión judicial no era un problema como lo es ahora.

En materia de lo contencioso-administrativo, cuenta esta sentencia, que la legislación española y la francesa, no establecían la conciliación como requisito de procedibilidad en asuntos donde la conciliación es inútil como es el caso de las autoridades públicas porque estas no tenían capacidad de transacción, tal era el caso de los Departamentos y de los Municipios.

En Colombia, aun cuando la conciliación en materia laboral era obligatoria antes de que el juez laboral iniciara el trámite de la respectiva demanda, a través del Decreto 2158 de 1945 se estableció expresamente la posibilidad de conciliar cuando una de las partes era una autoridad de derecho público.

La Corte Constitucional examinó la coexistencia de estos mecanismos como requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción administrativa y advirtió la necesidad de que se determinara si en los casos en que procede la conciliación administrativa también se tendría que agotar la vía administrativa. De esta manera, en la sentencia C-160 de 1999<sup>91</sup> se refirió a la conciliación

---

<sup>91</sup> MP Antonio Barrera Carbonell.

prejudicial y señaló las siguientes características útiles para la solución de conflictos:

*“1) ofrece a las partes involucradas en un conflicto la posibilidad de llegar a un acuerdo, sin necesidad de acudir a la vía del proceso judicial que implica demora, costos para las partes y congestión para el aparato judicial; 2) constituye un mecanismo alternativo de administración de justicia que se inspira en el criterio pacifista que debe regir la solución de los conflictos en una sociedad; 3) es un instrumento que busca lograr la descongestión de los despachos judiciales, asegurando la mayor eficiencia y eficacia de la administración de justicia, pues éstas se aseguran en mayor medida cuando a la decisión de los jueces sólo se someten las causas que están en capacidad de resolver oportunamente y sin dilaciones.*

En esta providencia, la Corte recuerda la responsabilidad que tiene el Congreso de la República en armonía con el artículo 150 Superior, frente a la regulación de estos mecanismos de autocomposición en el entendido de que su ejercicio *“implica un adecuado, prudente y razonable diseño normativo, que patrocine un esquema para la resolución pacífica y negociada de los conflictos jurídicos, en virtud del cual se logre descongestionar los despachos judiciales, se permita alcanzar un uso racional, eficaz y eficiente del aparato judicial, y se cambie la cultura del litigio. Dicho esquema, no puede significar en modo alguno la sustitución total de la jurisdicción del Estado ni la renuncia de éste a dispensar la tutela judicial efectiva que se requiere para hacer efectiva la igualdad en los términos de los incisos 2º y 3º del art. 13 de la Constitución”*.

Nótese que la doctrina constitucional aun cuando acepta la utilidad de este mecanismo para descongestionar los despachos judiciales no deja de lado la armonía que debe existir entre este mecanismo y los aspectos esenciales del principio de tutela judicial efectiva, así como los preceptos constitucionales de igualdad y acceso a la administración de justicia.

Se advirtió que, en los asuntos administrativos en los cuales se estableciera la conciliación como requisito para poder acceder a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se debería aclarar si continuaba siendo necesario el agotamiento de la vía gubernativa, lo anterior porque resulta inadmisibles la exigencia de requisitos exagerados y desproporcionados para acceder a la administración de justicia, así lo señaló expresamente la Corte Constitucional en la sentencia bajo análisis:

*“(…) que se defina, tratándose de conflictos que involucran a la Nación o a entidades públicas descentralizadas o instituciones o entidades de derecho social sí, además, del agotamiento de la vía gubernativa se requiere agotar la*

*conciliación, o si ésta sustituye el procedimiento no relativo a dicho agotamiento (...)*”

*Las referidas condiciones, a juicio de la Corte, constituyen las bases mínimas que permiten asegurar, no sólo las finalidades constitucionales que se persiguen con la conciliación laboral prejudicial, instituida como un requisito de procedibilidad necesario para dar paso al proceso judicial, sino el fácil y rápido acceso a la justicia. Dicho acceso no puede quedar supeditado a la exigencia de requisitos exagerados, irrazonables y desproporcionados contenidos en la respectiva regulación normativa, ni ser obstaculizado en razón de omisiones del legislador, que igualmente conduzcan a que la normación se torne irrazonable y desproporcionada”.*

La doctrina constitucional ha hecho serios aportes en defensa de la importancia de esta institución en el cumplimiento de los fines de un Estado Social de Derecho y en los preceptos de la Carta política en relación con la creación de mecanismos pacíficos y ágiles para la solución de los conflictos.

*“Como se ha expuesto a lo largo de esta providencia, el propósito fundamental de la administración de justicia es hacer realidad los principios y valores que inspiran al Estado Social de Derecho, entre los cuales se encuentran la paz, la tranquilidad, el orden justo y la armonía de las relaciones sociales, es decir, la convivencia (Cfr. Preámbulo, Arts. 1º y 2º C.P.). Con todo, para la Corte es claro que esas metas se hacen realidad no sólo mediante el pronunciamiento formal y definitivo de un juez de la República, sino que asimismo es posible lograrlo acudiendo a la amigable composición o a la intervención de un tercero que no hace parte de la rama judicial. Se trata, pues, de la implementación de las denominadas “alternativas para la resolución de los conflictos”, con las cuales se evita a las partes poner en movimiento el aparato judicial del país y se busca, asimismo, que a través de instituciones como la transacción, el desistimiento, la conciliación, el arbitramento, entre otras, los interesados puedan llegar en forma pacífica y amistosa a solucionar determinadas diferencias, que igualmente plantean la presencia de complejidades de orden jurídico. Naturalmente, entiende la Corte que es competencia del legislador, de acuerdo con los parámetros que determine la Carta Política, el fijar las formas de composición de los conflictos judiciales, los cuales -no sobra aclararlo- no siempre implican el ejercicio de la administración de justicia<sup>92</sup>”.*

Así las cosas, con muy buenos propósitos, aparece la conciliación administrativa para coexistir como requisito de procedibilidad con el trámite

---

<sup>92</sup> Sentencia C-598 de 2011 MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

de los recursos administrativos. Algunos aspectos que importa señalar al respecto son los siguientes:

En materia contencioso administrativa, es preciso resaltar que el código de 1984 no estableció la posibilidad de que se pudieran conciliar asuntos de derecho público y armonizando un poco con la nueva Carta, a través de la promulgación de la Ley 23 de 1991<sup>93</sup> se incorporó esta posibilidad al trámite del proceso de las acciones de reparación directa y de controversias contractuales, normas que se mantuvieron en la expedición de la Ley 446 de 1998<sup>94</sup> y 640 de 2001<sup>95</sup>.

Para el desarrollo de la evolución normativa, acudiremos a los diferentes preceptos normativos con sus respectivos antecedentes y pronunciamientos de la Corte Constitucional.

La Ley 23 de 1991 por medio de la cual se crearon mecanismos para la descongestión judicial, estableció como requisito de procedibilidad en asuntos laborales el trámite de conciliación y en materia de lo contencioso-administrativo la estableció como una posibilidad, para las acciones de nulidad y restablecimiento de derecho, reparación directa y controversias contractuales.

Sostenemos que fue establecida como posibilidad, a partir de lo señalado en el artículo 60 de esta norma que sostiene que: *“antes de la presentación ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa de cualquiera de las acciones a las que se refiere el inciso 1 del artículo anterior, las partes **podrán** formular ante el fiscal de la corporación la correspondiente petición, enviando copia de ella, a la entidad que corresponda, o al particular según el caso”*. (***negrilla fuera del texto original***).

En efecto, observamos la intención del legislador, con la expedición de esta norma, de actualizar ciertos preceptos del derecho administrativo con la Carta Política permitiendo el desarrollo de los mecanismos alternativos para la solución de conflictos, permitiendo materializar una de las características del Estado Social de Derecho cual es la de promover mecanismos que sirvan a los ciudadanos para resolver sus conflictos a través de herramientas idóneas y eficientes.

---

<sup>93</sup> “Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los despacho judiciales”.

<sup>94</sup> “Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia”.

<sup>95</sup> “Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones”.

Sobre este precepto, la Corte Constitucional fue objeto de la mencionada sentencia C-160 de 1999<sup>96</sup> indicando que frente a la conciliación como requisito de procedibilidad en materia laboral debería cumplirse con las siguientes condiciones:

*“I) que se cuente con los medios materiales y personales suficientes para atender las peticiones de conciliación que se presentan por quienes están interesados en poner fin a un conflicto laboral; II) que se especifique concretamente cuáles son los conflictos susceptibles de ser conciliados, y cuáles por exclusión naturalmente no admiten el trámite de la conciliación; **III) que se defina, tratándose de conflictos que involucran a la Nación o a entidades públicas descentralizadas o instituciones o entidades de derecho social sí, además, del agotamiento de la vía gubernativa se requiere agotar la conciliación, o si ésta sustituye el procedimiento no relativo a dicho agotamiento;** IV) que se establezca que la petición de conciliación, interrumpe la prescripción de la acción; V) que se determine un tiempo preciso durante el cual se debe intentar la conciliación expirado el cual las partes tienen libertad para acceder a la jurisdicción laboral”.* (subrayado y negrilla fuera del texto original)

En esta oportunidad, la Corte declaró la inexecutable de preceptos normativos de la Ley 446 de 1998 y se inhibió para conocer respecto del artículo 25 de la Ley 23 de 1991. No obstante, estableció una inquietud respecto de si la vía gubernativa y la conciliación prejudicial eran requisitos de procedibilidad que coexistían en el ordenamiento jurídico.

Este importante cuestionamiento, pasó al olvido en pronunciamientos posteriores tanto del legislador como de la doctrina constitucional. Posteriormente, la Ley 446 de 1998 en su artículo 68 establecía que en materia laboral la conciliación era un requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción laboral, sin embargo este precepto fue declarado inconstitucional por la Corte Constitucional en la sentencia C-160 de 1999<sup>97</sup> en esta oportunidad, apoyó la conciliación como una herramienta idónea a disposición de los ciudadanos para que puedan resolver sus controversias y evitar un proceso demorado, no obstante y retomando las condiciones arriba expuestas consideró que aunque el legislador podía limitar el derecho a la tutela judicial efectiva para este precepto estaba dejando abierta posibilidades para que se exigiera el cumplimiento de requisito irrazonables y desproporcionados.

Concretamente sobre el tema que nos interesa resolver en el presente trabajo, cual es la inquietud respecto de si la conciliación prejudicial agota o no el requisito de procedibilidad señaló:

---

<sup>96</sup> MP Carlos Gaviria Díaz.

<sup>97</sup> MP Antonio Barrera Carbonell.



*“Ni en la norma acusada ni en ninguna otra de la ley 446/98, se resuelve el problema consistente en saber si el agotamiento de la vía gubernativa y la conciliación prejudicial son mecanismos de respuesta a la solución de los conflictos laborales que operan independientemente, o si ellos se excluyen, es decir, si el trámite de la vía gubernativa sustituye la conciliación o si ésta configura una excepción a la necesidad de acudir a dicha vía”.*

En relación con los acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales la Ley 446 de 1998 sigue estableciendo la conciliación prejudicial como una posibilidad que tiene cualquiera de las partes para resolver una controversia. Estableció, que la vía gubernativa es un requisito obligatorio cuando se formula la nulidad y restablecimiento de un acto administrativo de carácter particular y concreto.<sup>98</sup>.

Por su parte, la Ley 640 de 2000 en su artículo 35 estableció la conciliación como un requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción administrativa, sin embargo en el artículo 37<sup>99</sup> de este precepto se restringió este requisito al trámite de la acción de reparación directa y controversias contractuales.

Este precepto, también fue objeto de análisis en la Corte Constitucional mediante la sentencia C-893 de 2001<sup>100</sup>. En este importante pronunciamiento, se declaró la inexecutable de las expresiones “*requisito de procedibilidad*” y “*laboral*” esto en armonía al pronunciamiento de la sentencia C-160 de 1999, sin embargo se dejó para los asuntos que debían ser resueltos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, dentro de los cuales en una parte de aquellos, se debía agotar la vía gubernativa.

La Ley 640 de 2000 en su artículo 39 señaló:

***“Artículo 39. Requisito de procedibilidad en asuntos laborales. Si la materia de que se trate es conciliable, la conciliación extrajudicial en derecho deberá intentarse antes de acudir a la jurisdicción laboral en los asuntos que se tramiten por el procedimiento ordinario.***

*“La conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad suplirá la vía gubernativa cuando la ley la exija.”*

De esta manera, el legislador tradujo las consideraciones realizadas por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-160 de 1999, en relación a la

---

<sup>98</sup> "Artículo 61. La conciliación administrativa prejudicial sólo tendrá lugar cuando no procediere la vía gubernativa o cuando ésta estuviere agotada.

Si no fuere posible acuerdo alguno, el Agente del Ministerio Público firmará el acta en que se dé cuenta de tales circunstancias, declarará cerrada la etapa prejudicial, devolverá a los interesados la documentación aportada y registrará en su despacho la información sobre lo ocurrido.

PARAGRAFO 1o. En caso de que las partes soliciten una nueva audiencia de conciliación, dicha solicitud deberá ser presentada de común acuerdo”. En este mismo sentido Decreto 1818 de 1998.

PARAGRAFO 2o. No habrá lugar a conciliación cuando la correspondiente acción haya caducado”.

<sup>99</sup> A través del Decreto 131 de 2001 se corrigió un error que traía el artículo 37 de la Ley 640 de 2001 ya que se había incluido las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho.

<sup>100</sup> MP Clara Inés Vargas Hernández.

coexistencia en el ordenamiento jurídico de la vía gubernativa y la conciliación prejudicial.

Para la Corte, *“dada la naturaleza voluntaria de los mecanismos alternativos de solución de conflictos en general, y de la conciliación laboral, en particular, el legislador no podía establecerla como un requisito obligatorio de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción laboral, además porque al hacerlo desconoce el derecho de los particulares de acceder libremente a la administración de justicia para solicitar la tutela judicial efectiva de sus derechos”*.

Frente a ello, consideramos que el legislador no ha resuelto la problemática que evidencia la Corte y contrario a ello, promovió también la coexistencia de la vía gubernativa y la conciliación como requisito de procedibilidad para acceder a la jurisdicción administrativa.

Por su parte, la propia Corte olvidó rápidamente esta problemática y admitió que se estableciera como requisito de procedibilidad la conciliación para acudir a la jurisdicción administrativa sin aclarar lo relativo a si se agota o no la vía gubernativa.

En fin, ahora queremos realizar una breve reseña de la evolución normativa respecto de la conciliación como requisito de procedibilidad en materia administrativa:

La Ley 270 de 1996<sup>101</sup> estableció la posibilidad de la conciliación en asuntos administrativos, sin embargo, con las modificaciones establecidas en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009<sup>102</sup> que adicionó el artículo 42<sup>a103</sup> se estableció la conciliación como requisito de procedibilidad para incoar las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y de controversias contractuales.

Entonces, teniendo en cuenta que se trata de una ley estatutaria mediante la cual el legislador impuso al ciudadano la carga de conciliar para poder finalmente acceder a la administración de justicia en materia administrativa, es importante hacer referencia a los antecedentes de la Ley 1285 de 2009

Se observa en los antecedentes de la Ley 1285 de 2009 que en la ponencia original no se tenía como propuesta inicial adicionar el artículo 42<sup>a</sup> a la Ley 270 de 1996<sup>104</sup>.

---

<sup>101</sup> Estatutaria de administración de justicia.

<sup>102</sup> Reglamentado por el Decreto 1716 de 2009.

<sup>103</sup> Artículo 22A: “A partir de la vigencia de esta ley, cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial.

<sup>104</sup> Gaceta del Congreso No 245 de 2006.

La conciliación fue un aspecto discutido en la comisión del senado y propuesto por el senador Andrade quien expuso la preocupación de la congestión judicial en la sección tercera del Consejo de Estado<sup>105</sup>, y complementando esta preocupación el senador Mauricio Pimiento propuso la conciliación extrajudicial en materia contencioso-administrativa. Así fue que en el primer debate del senado<sup>106</sup> se concluyó adicionar el artículo 42 a con el texto que ya conocemos.

De esta manera, discutiendo acerca de la congestión judicial que atravesaba la sección tercera del Consejo de Estado, el Congreso de la República resolvió establecer como requisito de procedibilidad la conciliación extrajudicial cuando se pretenda incoar las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, de reparación directa y de controversias contractuales.

Pero no nos cansaremos de reiterar, los aspectos constitucionales que la corte había expuesto en la sentencia C-160 de 1999 y que fueron olvidados por los congresistas, en el sentido de que debió estudiarse la forma en que se articula la coexistencia de la vía gubernativa y de la conciliación como requisitos de procedibilidad. Esta omisión, obedece a que en este momento lo importante es superar la problemática de la descongestión judicial, sin realizar un análisis de las herramientas que ya existían en el ordenamiento jurídico con este mismo propósito.

Ahora bien, frente a esta norma la Corte Constitucional se pronunció mediante la sentencia C-713 de 2008<sup>107</sup> por medio de la cual se hace una revisión previa a la expedición de esta Ley.

Del trámite de control previo, es preciso resaltar que el Ministerio Público pidió que se declarara la inexecutable de esta norma bajo el argumento de que, de acuerdo con la doctrina constitucional, la conciliación *“como mecanismo alternativo de solución de conflictos, es de carácter voluntario y restringe el derecho de acceso a la dispensa judicial a través del ejercicio del derecho de acción”*.

En esta oportunidad la Corte consideró que la conciliación administrativa ya está autorizada para asuntos de carácter patrimonial y que establecida como requisito de procedibilidad para las acciones de reparación directa y controversias contractuales y que por lo tanto es admisible que el legislador lo extienda a las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho. En concreto señaló:

---

<sup>105</sup> Gaceta del Congreso No 23 de 2007.

<sup>106</sup> Gaceta del Congreso No 132 de 2007.

<sup>107</sup> MP. Clara Inés Vargas Hernández.

*“De conformidad con la reiterada jurisprudencia de esta Corporación, la Sala considera que es conforme a la Carta Política que se mantenga el instituto de la conciliación como requisito de procedibilidad para las acciones consagradas en los artículos 86 y 87 del CCA. Así mismo, es constitucionalmente válido que se haga extensiva su exigencia a la acción de nulidad y de restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del CCA.*

*En este último evento resulta razonable aceptar la exigencia de conciliación prejudicial, pues lo que se discute son intereses de contenido particular y subjetivo, generalmente de orden patrimonial, y no la legalidad o constitucionalidad en abstracto, que se ventila a través de la acción de simple nulidad (artículo 84 del Código Contencioso Administrativo) o de la acción de nulidad por inconstitucionalidad (art.237-2 de la Constitución Política)”.*

Frente a esta decisión del Tribunal Constitucional, el Magistrado Jaime Araujo Rentería se apartó de la mayoría y salvo su voto frente a la exequibilidad del artículo 13 de ley 1285 de 2009 ya que a su juicio la conciliación como requisito de procedibilidad genera preocupaciones en torno a la legalidad de los actos administrativos y al control de la conciliación.

En este trámite aunque se recordó la sentencia C 160 de 1999 desafortunadamente se ignoró lo que la Corte en ese momento expresó frente a la coexistencia entre la vía gubernativa y la conciliación administrativa prejudicial, ambos como requisito de procedibilidad para incoar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Cabe anotar, que la Ley 1395 de 2010 reiteró esta disposición en artículo 52 que modifica el artículo 35 de la Ley 640 de 2001.

De esta manera, el derecho administrativo asumió un reto respecto de la armonización de ambos requisitos de procedibilidad: la conciliación administrativa y los recursos administrativos. La nueva oportunidad la tuvo en la expedición de la Ley 1437 de 2011.

Sin embargo, en el nuevo código se mantuvieron todas las formas y mecanismos en el ordenamiento jurídico que permiten que todos los conflictos que puedan surgir con una autoridad pública el mismo se resuelva en el seno de la Administración y se evite que el ciudadano tenga que acudir a la jurisdicción administrativa para resolver sus controversias, en este mismo sentido se refirió el doctor Luis Fernando Álvarez Jaramillo en su intervención

en el seminario Internacional de Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>108</sup>.

En la Ley 1437 de 2011, mediante la cual se pretendió actualizar la legislación en materia de lo contencioso administrativo con la Carta de 1991, no se abordó lo relativo al aspecto de la coexistencia de los dos requisitos de procedibilidad para particularmente incoar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho -recursos administrativos y conciliación prejudicial- ahora en cuanto a la conciliación como requisito de procedibilidad no lo hubiera podido hacer porque su naturaleza de Ley ordinaria, pero en esta oportunidad el legislador si hubiera podido establecer algo frente a los recursos administrativos.

El tratadista Arboleda Perdomo en las dos ediciones de su obra<sup>109</sup> enseña que si se discutió la posibilidad de mantener los recursos administrativos y una de las posiciones que se ventilaron fue precisamente la de que la Ley Estatutaria de Administración de Justicia estableció la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad también para acceder a la jurisdicción administrativa.

No obstante, siempre ha triunfado la posición que tiende a mantener los recursos administrativos bajo el argumento de que no se puede suprimir a la Administración de que pueda corregir los errores en su propia sede.

Frente a lo expuesto, podemos observar que en la actualidad aun con la expedición de la Ley 1437 de 2011 el legislador ha mostrado su intención de resolver dos problemas, el de la congestión judicial y el de la necesidad de crear herramientas que le permitan a los ciudadanos resolver sus controversias de una manera idónea y eficaz pero las herramientas que ha creado se han tornado ineficientes, en primer término, porque que la Administración resuelva los conflictos y corrija sus errores es una pretensión que no se cumplirá bajo prácticas que se desarrollan en el seno de las entidades públicas como son las de limitarse a cumplir las órdenes judiciales.

La actualidad de la conciliación administrativa como requisito de procedibilidad para incoar acciones de nulidad y restablecimiento del derecho es el fracaso. El escenario actual, en el que se dirimen las controversias que se suscitan en materia administrativa para los eventos en que la acción judicial sea la de nulidad y restablecimiento del derecho es que se debe siempre agotar dos requisitos: tramitar el recurso de apelación si procede y luego tramitar

---

<sup>108</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y CONSEJO DE ESTADO. *Memorias del Seminario Internacional de Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011*, Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, 2011.

<sup>109</sup> ARBOLEDA PERDOMO Enrique José, *Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, 1 edición. Legis, Bogotá 2011.

conciliación prejudicial frente al agente del Ministerio Público, siendo el agotamiento del recurso de apelación requisito para el trámite de la conciliación.

En el año 2006, el doctor Diego Younes<sup>110</sup> realizó un estudio muy importante en torno a la conciliación administrativa resaltando su éxito aun cuando para entonces no se encontraba establecida como requisito de procedibilidad, sin embargo recomendó fortalecer los comités de conciliación y que se determinara como requisito de procedibilidad.

Entonces, inspirados en el estudio que adelantó el profesor Diego Younes, solicitamos a la Procuraduría General de la Nación información respecto al número de solicitudes de conciliación radicadas y los acuerdos alcanzados durante el segundo semestre de 2010 y el primer semestre de 2011 en el País, con el objeto de determinar el comportamiento que ha tenido la conciliación administrativa en los casos en los que se pretenda incoar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Este periodo se seleccionó esperando tener resultados de las solicitudes presentadas respecto de si se conciliaron o no y a partir de esta información se elaboró el artículo de reflexión crítica.

La información proporcionada se encuentra consignada en un informe que anexo al presente trabajo, sin embargo, a continuación señalaré los datos generales.

**Segundo semestre del 2010**

<b>Solicitudes radicadas en la Procuraduría general de la Nación (Todo el País)</b>	<b>Acuerdos conciliatorios logrados en la Procuraduría general de la Nación (Todo el País)</b>
<b>18.276</b>	<b>592</b>

De este periodo evaluado, se observa que el porcentaje de conciliaciones alcanzadas es de 3.24% respecto de las solicitudes radicadas durante el primer semestre del 2010, tuvieron éxito.

**Primer semestre de 2011**

<b>Solicitudes radicadas en la</b>	<b>Acuerdos conciliatorios logrados en</b>
------------------------------------	--

<sup>110</sup>YOUNES MORENO Diego, *Vía Gubernativa-Conciliación-Arbitramento: una compilación temática y jurídica para la descongestión en lo contencioso administrativo*, Colección Reformas en la Rama Judicial, Gtz, Bogotá 2008.

<b>Procuraduría general de la Nación (Todo el País)</b>	<b>la Procuraduría general de la Nación (Todo el País)</b>
<b>16.174</b>	<b>924</b>

El panorama en el segundo semestre varió y mejoró un poco, ya que las solicitudes disminuyeron, lo que puede significar que la actividad administrativa disminuyó la cantidad de conflictos ya sea en el uso de los recursos administrativos o desde el inicio de la actividad arroja un resultado de un **5.71%** de éxito respecto de las solicitudes que se radicaron.

Frente a este escenario, no es posible afirmar que la conciliación cumple con los fines propuestos por el legislador para establecerla como requisito de procedibilidad en materia administrativa, ya que su éxito se logra en porcentajes mínimos.

Esto definitivamente enseña que las dos instituciones no pueden coexistir como requisitos de procedibilidad y el reto de la administración mientras esto suceda, es actuar de conformidad con el ordenamiento jurídico y superar el temor a ser sancionada por hacerlo. Por lo tanto, debe ajustar las políticas públicas a fin de evitar errores y el desconocimiento de derechos constitucionales y de hacerlo, corregirlo durante el trámite de los recursos, siendo lo suficientemente clara y expresa, para que cuando sea convocada para conciliar, el ciudadano comprenda el porqué no tiene la razón en el reproche que hace del actuar de la Administración.

Los resultados expuestos muestran el número de ciudadanos que en el periodo comprendido estuvieron insatisfechos con el actuar de la administración y el amplio número que deberá acudir a la jurisdicción para que finalmente aquí se dirima el conflicto.

En suma, podemos concluir que la conciliación administrativa no cumple con la finalidad que persigue el legislador al establecerla como requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción ordinaria, esto es la descongestión judicial, en contraste, entorpece las garantías propias de un Estado Social de Derecho cual es la de crear herramientas idóneas y eficaces que permitan a las personas resolver sus conflictos.

El ánimo conciliatorio se desdibuja, debido a que previo al trámite de la conciliación del ciudadano inconforme con una decisión administrativa, fracasó dos veces, la primera cuando finalizó la actuación administrativa y la segunda, cuando le resolvieron los recursos administrativos. De aquí que,

pretender que el ciudadano inicie el trámite conciliatorio con una actitud optimista es difícil, podría decir que resignada a lo que le “*quiera dar*” la administración pública y su único objetivo es poder alcanzar la única oportunidad que le brinda seguridad jurídica, la jurisdicción administrativa.

Por su parte, la Administración la cual está conformada por seres humanos siempre temerosos a una investigación disciplinaria, penal o administrativa, espera pacientemente que la única autoridad a la que parece obedecer, el juez, le indiquen la manera como debería actuar en determinada situación.

El resultado de lo anterior, es que existen en el ordenamiento jurídico colombiano dos requisitos de procedibilidad que debe agotar el ciudadano antes de acudir a la jurisdicción administrativa y esto no traduce las características de los retos del derecho administrativo en un Estado constitucional, cual es permitir que el ciudadano resuelva sus conflictos de una manera pronta a través de herramientas idóneas y eficaces y sobre todo permitiendo el ejercicio del acceso a la administración de justicia.

No queremos ser tan negativos respecto de la utilidad de estos mecanismos pues ya sean los recursos o la conciliación administrativa podrían alcanzar los fines que persigue el Estado frente a la solución de conflictos, sin embargo la coexistencia de estas generan saturación y una carga desproporcionada para el particular, al ser trámites obligatorios.

Adicional a ello, el principal interés del legislador tampoco se cumple pues la descongestión judicial no se produce.

Finalmente invito al lector para que revise los datos que anexo al presente trabajo y que nos muestra la realidad actual de las conciliaciones administrativas surtidas en la Procuraduría General de la Nación.

## **SECCIÓN B**

**La reafirmación del trámite de los recursos administrativos como requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción administrativa en la Ley 1437 de 2011: una perspectiva de la garantía a la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia**

Es importante abordar los recursos administrativos a la luz de la garantía de la tutela judicial efectiva y el acceso a la administración de justicia, estos aspectos constituyen una de las razones que a nuestro juicio el legislador olvidó al reafirmar los recursos administrativos como requisito de procedibilidad.



De acuerdo con el artículo 229 Superior “*El derecho a la tutela judicial efectiva comprende no solo la posibilidad que se reconoce a las personas, naturales o jurídicas, de demandar justicia ante las autoridades judiciales del Estado, sino, también, la obligación correlativa de éstas, de promover e impulsar las condiciones para que el acceso de los particulares a dicho servicio público sea real y efectivo*<sup>111</sup>”.

A partir de esta definición, nos proponemos establecer la manera como el legislador se aproxima a esta definición reafirmando en la Ley 1437 de 2011 el trámite de los recursos administrativos como requisito de procedibilidad para acceder a la jurisdicción administrativa.

Con esta finalidad destacaremos el análisis realizado por la profesora Rocío Araujo en el artículo publicado en la revista Estudios Socio-Jurídicos de la Universidad del Rosario<sup>112</sup> quien estimó que en el nuevo código administrativo y de lo contencioso administrativo, no se logró el objetivo de adecuar el código del 80 a los postulados constitucionales que rigen desde 1991.

En efecto, la profesora Araujo concluye que el derecho administrativo no siempre cumple con las características de este postulado constitucional, por cuanto “*no se han previsto recursos judiciales idóneos y suficientes que faciliten la solución pacífica de los conflictos*”. Adicional a ello, considera que se desdibuja la eficacia de la justicia estatal cuando “*la complejidad de los procedimientos o de las condiciones de tiempo, modo y lugar exigidas por el legislador restringen la capacidad de alcanzar el goce efectivo de los derechos cuya protección se busca al acudir a las instancias judiciales*<sup>113</sup>”.

En forma contraria, la ex magistrada del Consejo de Estado Ruth Estella Correa Palacio<sup>114</sup> considera que la Ley 1437 de 2011 garantiza la tutela judicial efectiva a través del objeto de los procesos, en el sentido de que se persigue la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y que fueron vulnerados por las autoridades públicas así como la preservación del orden jurídico. Adicionalmente, estima que la reforma crea herramientas que permiten que la tutela de los derechos constitucionales de los particulares se garantice en sede administrativa. En concreto sostuvo:

---

<sup>111</sup> Corte Constitucional sentencia C-426 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil

<sup>112</sup> Revista Estudios Socio -Jurídicos Universidad del Rosario. “*Acceso a la Justicia y tutela judicial efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa*”. Volumen 13 número 1 ISSN 01240579 ISSN 21454531 Bogotá junio de 2011.

<sup>113</sup> *Ibidem* pág. 259.

<sup>114</sup> Memorias del XXXIII Congreso de Derecho Procesal. “*Las novedades en relación con las pretensiones procesales en la Ley 1437 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*” Cartagena de Indias Septiembre de 2012.

*“El tratamiento que da el nuevo Código a las pretensiones procesales contencioso administrativas, logra el propósito buscado, la tutela judicial efectiva, en tanto pone a disposición del administrado un amplio catálogo de pretensiones dirigidas a lograr el control de la actuación de la administración que es el fin que determina la existencia de la pretensión contenciosa administrativa. La disponibilidad de todas esas pretensiones unida a la remoción de obstáculos como una de las características que identifica al nuevo Código en aras de llegar a la prestación judicial buscada, esto es la sentencia en la que se resuelvan las novedades en relación con las pretensiones procesales en la Ley 1437 dice el derecho, o en otras palabras la decisión en la que se ejerce el control de las actuaciones de la administración, marca una diferencia importante con la regulación actual. Una conclusión se impone, la aplicación de los mandatos contenidos en el nuevo Código en relación con la pretensión procesal administrativa, deben conducir a la garantía de los derechos de los asociados, al control eficaz de las actuaciones de la administración, como una importante manifestación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.*

Partiendo de la posibilidad de que las autoridades públicas pueden *autocontrolar* sus decisiones durante el trámite de los recursos administrativos, corrigiendo sus errores antes de que el juez lo haga, constituye una prerrogativa de la Administración. Algunos autores han propuesto interesantes debates respecto de la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la administración de justicia y su sobrevivencia frente al ejercicio de las prerrogativas estatales.

Al respecto, el profesor Miguel Hernández Terán<sup>115</sup> enseña la evolución que han tenido los requisitos de procedibilidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Para los propósitos de este trabajo destacaremos la eliminación de la obligación de agotar “la etapa administrativa” para poder someter una controversia a la jurisdicción administrativa, a través de la expedición de la *“Ley de modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada”*.

Frente a ello, este autor ha considerado que dicho requisito de procedibilidad tenía dos lecturas, la primera relativa a la posibilidad de que la Administración resolviera directamente los problemas que suscitasen con los particulares; y la otra que, esta exigencia lesiona el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva.

---

<sup>115</sup> HERNÁNDEZ TERAN Miguel. *“La tutela judicial efectiva como instrumento esencial de la democracia”* Universidad Católica de Santiago Guayaquil. Guayaquil.2005. Pág. 43.

Para este tratadista, este es un claro ejemplo de la manera como la Ley puede llegar a constituirse en un factor que desconoce un derecho fundamental. Sin embargo, esto se superó y a partir de la expedición de esta Ley de Modernización en la cual, la obligación de agotar la “*etapa administrativa*” dejó de ser una obligación y se convirtió en un derecho<sup>116</sup>.

Otro ejemplo de la eliminación de este requisito como una medida para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, lo ilustra el maestro Allan R Brewer-Carías<sup>117</sup> al referirse al caso mexicano. El ordenamiento jurídico de este País establece el trámite de los recursos administrativos como una posibilidad a favor del interesado<sup>118</sup>.

De igual modo, el profesor Brewer-Carías hace referencia de un pronunciamiento de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de Venezuela del 24 de mayo de 2000, en el cual este tribunal consideró que imponer a los ciudadanos la obligación de agotar trámites previos para poder acudir a la jurisdicción tales como recursos o peticiones se desprotegía el derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, advierte el tratadista que esta posición cambió con la expedición de una sentencia de esta misma autoridad el 26 de abril de 2001.

A través de estos pronunciamientos, podemos observar como el ordenamiento jurídico de Venezuela tuvo en su momento la intención de avanzar en el engranaje de la Constitución y el código administrativo. En efecto, este pronunciamiento muestra como la Corte realiza un análisis respecto de los propósitos del constituyente al establecer la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva y la manera como estos requisitos de procedibilidad los desprotegen.

Ese autor nos trae apartes de la sentencia que merecen la pena transcribir en este texto a fin de establecer la manera como la mencionada Corte adoptó una decisión a nuestro juicio progresiva, al inaplicar la obligación de agotar un requisito de procedibilidad previo a la acción judicial.

---

<sup>116</sup> El doctor Hernández Terán transcribe el texto del artículo 38 de la “*Ley de modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada*” que establece: “*Los Tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos, expedidos, suscritos o producidos por las instituciones del Estado, salvo los derivados de controversias sometidas a mediación y arbitraje de conformidad con la ley.*”

*No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las instituciones del Estado el agotamiento o reclamo en la vía administrativa. Este derecho será facultativo del administrado, siempre y cuando lo ejerciera dentro del término de noventa días”.*

<sup>117</sup> BREWER-CARÍAS Allan R. “*Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina*” Legis S.A. Primera Edición 2003. Pág. 287.

<sup>118</sup> El artículo 83 del código administrativo mexicano establece: “*los interesados afectados por lo actos y resoluciones de las autoridades administrativas que pongan fin al procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente, podrán interponer recurso de revisión o intentar las vías judiciales correspondientes*”.

*“los recursos contenciosos administrativos son los instrumentos utilizados para poner en marcha la jurisdicción contencioso administrativa, provocando así el examen de la actividad realizada por la Administración, con el objeto de obtener un pronunciamiento expreso sobre su legalidad; ahora bien, conforme a lo establecido en el artículo 26 de nuestra Carta Magna, dicho pronunciamiento deber ser obtenido de forma expedita y con prontitud, lo cual se ve afectado por la obligatoriedad de interponer un recurso administrativo tras otro o de agotar previamente la gestión conciliatoria antes de alcanzar la jurisdicción”.*

En resumen, el establecimiento de los requisitos de procedibilidad impuestos al particular para que pueda acudir a la jurisdicción han sido mecanismos que han ocupado la atención de algunos doctrinantes y en distintas legislaciones en el sentido de como aquellos lesionan la garantía del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

Sin embargo, el caso colombiano, expresado recientemente en la Ley 1437 de 2011 no ha aceptado esta problemática, y ha establecido el trámite obligatorio de estos recursos con el propósito de descongestionar los despachos judiciales.

Ahora bien debemos analizar otro aspecto importante, referente a la positivización de los principios que rigen las actuaciones administrativas.

Como ya lo expusimos al abordar el principio de buen gobierno que se traduce a través del principio de eficacia, el cual fue ratificado en la Ley 1437 de 2011. Además, el legislador amplió las reglas de interpretación que deben observar las autoridades públicas al adoptar sus decisiones y con ello provee de herramientas para que las autoridades públicas “hagan las cosas bien” en su propia sede y sin intervención judicial. Es decir, el legislador expresó en la norma un abanico de principios y de esta manera pretende que la Administración actúe en forma eficiente, pronta y garante, adoptar una decisión sujeta a la Constitución y a la Ley.

En todo caso, con la amplitud del abanico de principios que rigen además el comportamiento de las autoridades públicas, el legislador dotó a la jurisdicción administrativa para ejercer un mayor control respecto de la función administrativa y del funcionario que adoptó la decisión que se ataca.

Así pues, podría pensarse que el establecimiento del principio de responsabilidad advierte una mayor atención por parte de los funcionarios públicos durante el trámite de la actuación administrativa para adelantar en forma más informal el proceso administrativo.

A nuestro juicio, la positivización de los principios no permitirá que el recurso de apelación realmente sea más efectivo en el propósito de evitar – no retrasar- que el particular acuda a la jurisdicción administrativa. Estos

principios no son nuevos, no implican nuevas obligaciones para las autoridades públicas, sin embargo podría pensarse que el funcionario necesite verlos en un código para sentirlos como obligatorios.

Para el maestro Brewer-Carias<sup>119</sup> el establecimiento de los principios que rigen la actuación pública en el código de procedimiento administrativo es una manera de reafirmar el equilibrio entre las prerrogativas de la administración y los particulares. Para este autor, *“otras característica general o rasgo común de las leyes de procedimiento administrativo en América Latina, ha sido la enumeración en el propio texto de las mismas, del conjunto de principios generales que orientan el procedimiento, los cuales por tanto, ahora ya no tienen que ser deducidos por el juez mediante interpretación permitiéndole particularmente al juez contencioso administrativo tener más precisas herramientas de control sobre la actuación administrativa” (negrilla fuera del texto original).*

Nótese que la solución a la problemática planteada en el presente trabajo no está en la positivización de principios que rigen el comportamiento de los agentes públicos, aquella se encuentra en la creación de herramientas que le permitan al particular acceder a los mecanismos, que él mismo elija según el grado de seguridad y confianza que le brinde una herramienta u otra para dirimir un conflicto con una autoridad pública.

---

<sup>119</sup> En CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y CONSEJO DE ESTADO, *Memorias del Seminario Internacional de Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011*, Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, 2011. Página 117

## CONCLUSIÓN

Mantener la idea de crear herramientas que favorezcan la descongestión judicial es uno de los principales propósitos que tiene el legislador a fin de superar una de las problemáticas actuales que ocupan la atención del ordenamiento jurídico actual. Esta preocupación no es reprochable sin embargo, los numerosos preceptos que se dirigen a esa finalidad generan una inquietud y es si es preciso, que esta problemática se supere ¿a toda costa?

Definitivamente, no podemos sostener que sin importar el “precio” de las medidas que adopta nuestro ordenamiento jurídico es preciso liberar la carga de jueces y tribunales, pues este podría ser el de las garantías de los derechos constitucionales de los ciudadanos tales como la protección a la tutela judicial efectiva, al acceso efectivo a la administración de justicia y a tener una buena administración pública.

Nos preguntamos, si al reafirmar el trámite de los recursos administrativos como un requisito de procedibilidad que debe agotar el ciudadano para someter una controversia suscitada por una decisión adoptada por una autoridad pública al juez administrativo, se cumplió todo aquello que inspiró a los precursores de la expedición del nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo.

El ordenamiento jurídico en un Estado Social de Derecho debe ir encaminado a crear herramientas dirigidas a la garantía del ejercicio de los derechos constitucionales. En efecto, el derecho administrativo debe crear mecanismos que traduzcan estas tendencias y que conduzcan a que las autoridades públicas, durante la actuación administrativa incluyendo el trámite de los recursos administrativos, garanticen los derechos de los ciudadanos.

Estos objetivos, no fueron ajenos a quienes promovieron la expedición de la Ley 1437 de 2011 sin embargo, primó la finalidad de siempre: descongestionar los despachos judiciales.

Ahora bien, se positivizaron consolidadas líneas jurisprudenciales que ya suponían una obligatoriedad por parte de la Administración y se dice que se crearon mecanismos que permiten que las autoridades públicas puedan adoptar una decisión bajo la observancia de principios, derechos y valores constitucionales.

No obstante, estas medidas son un “recordatorio” a los lineamientos que, desde que se promulgó la Carta de 1991, la jurisprudencia ha establecido como marco de acción en el ejercicio de la relación entre el ciudadano y las autoridades públicas. Sin embargo, mientras el trámite de los recursos constituya una obligación y no un derecho de nada sirven tantos esfuerzos por actualizar este mecanismo con los presupuestos constitucionales de 1991.

En efecto, la Administración seguirá teniendo el lugar privilegiado y el ciudadano bajo la reevaluada característica de administrado deberá seguir sometido.

Los lectores que disientan de nuestra posición, podrían pensar que los recursos administrativos constituyen una garantía para el ciudadano pues aquel tiene derecho a controvertir las decisiones que se adopten en su contra en la propia sede administrativa y evitarse la demanda con todos los costos que implica esto.

Frente a esto, consideramos que al limitarse el derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso efectivo a la administración de justicia de un ciudadano, como es el caso, del requisito de procedibilidad, debería estipularse como un derecho y no como una obligación. Es decir, el ciudadano tiene derecho a ejercer el recurso de reposición para que el mismo funcionario revise su actuación y luego podrá formular el de apelación para que en caso de que la decisión sea confirmada, el superior jerárquico, si lo hay, revise la actuación recurrida.

Ahora bien el tema de congestión, es una problemática que no debe resolverse a costa del sacrificio de los derechos constitucionales del ciudadano, menos cuando también se impuso la conciliación administrativa como un requisito de procedibilidad. Los jueces proponen más funcionarios, tal vez esa sea una solución para aumentar el número de egresos.

Sin embargo, nos unimos a propuestas como las expuestas por lo órganos de control para superar la mala calidad de los actos administrativos que produce Colpensiones<sup>120</sup> y es ejercer un control del recurso humano que realiza esta tarea, a través de las sanciones correspondientes en contra de quien produzca una decisión contraria al ordenamiento jurídico.

De esta manera, se logra la confianza del ciudadano quien claramente no quiere pagar costosos honorarios que implica formular una acción de nulidad y restablecimiento del derecho y *motu proprio* va a decidir por el trámite de los recursos antes de la demanda judicial.

Al establecerse en el ordenamiento jurídico el trámite del recurso de apelación como un requisito de procedibilidad, se materializa una de las connotaciones que se la han dado a los recursos administrativos en el sentido de que, los mismos constituyen un privilegio para la Administración a fin de que revise su actuación, la modifique o la confirme antes de que el juez natural lo haga.

---

<sup>120</sup> Sesión técnica en el acompañamiento de la transición del ISS a Colpensiones en la Corte Constitucional, realizada el 15 de julio de 2014 disponible en [www.cortecosntitucional.gov.co](http://www.cortecosntitucional.gov.co)

## BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS Y TRATADOS

ARBOLEDA PERDOMO Enrique José, Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 1ª Edición actualizada, Bogotá 2011.

ARBOLEDA PERDOMO Enrique José, *Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, 2ª Edición actualizada, Bogotá 2012.

BERROCAL GUERRERO Luis Enrique, *Manual del Acto Administrativo*, Cuarta Edición, Librería Ediciones Del Profesional Ltda. Bogotá 2005.

BETANCUR JARAMILLO, Carlos, *Derecho Procesal Administrativo. En concordancia con la nueva Constitución*, 3a Edición, Bogotá, 1992.

BETANCUR JARAMILLO, Carlos, *Derecho Procesal Administrativo. En concordancia con la nueva Constitución*, 3a Edición, Bogotá, reimpresión 2012.

BREWER-CARÍAS Allan R. “*Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina*” Legis S.A. Primera Edición 2003.

CASSASE Sabino. “*La Globalización jurídica*”, Marcial PONS, Madrid 2006.

CERRA JIMENEZ LUIS EDUARDO. Hipótesis para una nueva justicia administrativa, Colección de Ciencias Sociales y económicas Rodrigo Noguera Barreneche, Barranquilla, 1999.

CHEVALLIER Jaques. *El estado Posmoderno* traducción Oswaldo Pérez. Universidad Externado. Bogotá 2011.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y CONSEJO DE ESTADO, *Memorias del Seminario Internacional de Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011*, Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, 2011.

DROMI José Roberto, *Manual de Derecho Administrativo*, tomo II, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987 Pág. 210.

DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, 3 edición, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994.



Memorias del primer congreso nacional de derecho administrativo realizado en Medellín del 9 al 13 de junio de 1980.

FERRARO AGUSTÍN. *Reinventando el Estado*, INAP, Madrid, 2009

GALINDO VÁCHA Juan Carlos, *Lecciones Derecho Procesal Administrativo volumen II*, Edición 1, Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas, Colección *Discentibus auxilia No 1*, Bogotá 2006.

GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 12ª edición, Editorial Temis, Bogotá, 2008.

GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, *Problemas del derecho público a comienzo del siglo XXI*, Editorial Civitas, Madrid 2001

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, 2ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 1996.

GÓMEZ ARANGUREN, Gustavo. *Derecho administrativo*, ABC Editores Librería Ltda, Bogotá 2004

GONZÁLEZ Santiago e IBAÑEZ Varas, *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, 1ª edición, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1993.

GUSTAVO PENAGOS, *Código contencioso administrativo actualizado concordado jurisprudencia y comentarios*, quinta edición Bogotá, 1993.

HERNÁNDEZ TERAN Miguel. *“La tutela judicial efectiva como instrumento esencial de la democracia”* Universidad Católica de Santiago Guayaquil. Guayaquil.2005

LUNA BENITEZ, Luis Alberto. *Lo contencioso administrativo*, ediciones librería El Profesional, Bogotá 1981.

Memorias del XXXIII Congreso de Derecho Procesal. *“Las novedades en relación con las pretensiones procesales en la Ley 1437 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”* Cartagena de Indias Septiembre de 2012.

MERKL Adolfo. *Teoría General del Derecho Administrativo*, Editora Nacional S.A., México, 1980. También ver la edición de esta obra Editorial Comares, Granada 2004.

MIR PUIGPELAT Oriol. *“Globalización Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo”* Civitas Ediciones, Madrid 2004.

Misión de Cooperación Técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés, *Memorias del Seminario Franco-Colombiano sobre la Reforma a la*

*Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá julio 2008.

MORA PÉREZ José Miguel. *La autotutela en el derecho administrativo: un enfoque crítico sobre su existencia*, Editorial Temis, Bogotá 2011.

MORELLI RICO Sandra. *La participación en el procedimiento administrativo y en el proceso contencioso administrativo*. Temas de derecho público No 40, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1996.

PALACIO HINCAPIÉ Juan Ángel, *Derecho Procesal Administrativo*, 2 Edición, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Medellín 2000.

PARADA VÁSQUEZ Ramón, *Derecho Administrativo I Parte General*, 15ª Edición, Marcial Pons, Madrid, 2004.

PENAGOS Gustavo, *Vía gubernativa*. Ediciones Doctrina y Ley, Tercera Edición, Bogotá, 2005. PENAGOS Gustavo, *Nuevas tendencias del derecho administrativo a principios del siglo XXI*, volumen 106, Universitas, ISSN 0041-9060, 2003.

PONCE SOLÉ, Juli. *Derecho administrativo global: organización, procedimiento, control judicial*, Marcial Pons, Madrid 2010.

RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. *“El Derecho Administrativo en los albores del siglo XXI”*, Universidad del Rosario, Bogotá 2007

RESTREPO MEDINA Manuel Alberto, *“Estudio Regional de la Congestión en la Jurisdicción Administrativa”* GIZ, CS de la J, C.E., AECID, Bogotá 2011.

RIVERÓ Jean. *Derecho Administrativo*, traducción de la 9 edición, Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1980.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ Libardo, *Derecho Administrativo General y Colombiano*, 17ª Edición, Editorial Temis S.A., Bogotá 2011.

RORIGUEZ RODRIGUEZ Libardo, *Jean Riveró, Páginas de Derecho Administrativo, Libro Homenaje*, Editorial Temis S.A. y Universidad del Rosario Maestría en Derecho Administrativo, Bogotá, 2002.

SANTAMARÍA PASTOR Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid.

SANTOFIMIO GAMBOA Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.

UVALLE BERRONES, Ricardo, Condiciones, procesos y tendencias de la administración pública contemporánea *Convergencia*, Vol. 16, Núm. 49, enero-abril, 2009.

VEDEL, Georges, *Derecho Administrativo*, 6ª Edición, Aguilar Edición, España, 1980.

VEGA DE HERRERA Mariela, *Derecho Procesal Administrativo*, 3ª Edición, Leyer, Bogotá 2010.

VIDAL PERDOMO Jaime, *Jean Riveró, Páginas de Derecho Administrativo, Libro Homenaje*, Editorial Temis S.A. y Universidad del Rosario Maestría en Derecho Administrativo, Bogotá, 2002.

VIDAL PERDOMO Jaime, DIAZ PERILLA Viviana y RODRIGUEZ Gloria Amparo. “*Temas de derecho administrativo contemporáneo*”. Universidad del Rosario. 2005.

YOUNES MORENO Diego, *Vía Gubernativa-Conciliación-Arbitramento: una compilación temática y jurídica para la descongestión en lo contencioso administrativo, Colección Reformas en la Rama Judicial*, Gtz, Bogotá 2008.

ZAMBONINO PULITO, María y RESTREPO MEDINA Manuel Alberto. “*Sistemas de Garantías de los ciudadanos ante las administraciones públicas*” Iustel, España, 2010.

### **Revistas y gacetas**

Revista Estudios Socio -Jurídicos Universidad del Rosario. “*Acceso a la Justicia y tutela judicial efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa*”. Volumen 13 número 1 ISSN 01240579 ISSN 21454531 Bogotá junio de 2011.

Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI Tomo VI, Universidad Javeriana, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2012.

Gaceta del trabajo, órgano del Tribunal Supremo del Trabajo, números 17 a 28 enero a diciembre de 1948, Tomo III Bogotá.

Revista de Derecho Público No 18 , Universidad de los Andes, Facultad de Derecho “*La descongestión en la jurisdicción contencioso administrativa Una visión desde el Tribunal Administrativo de Cundinamarca*”. Bogotá 2005.

Instituciones de Derecho Administrativo en el nuevo código- Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011. CONSEJO DE ESTADO. Bogotá 2012. Pág 40 ss.

Gaceta del Congreso No 245 de 2006.

Gaceta del Congreso No 23 de 2007.

Gaceta del Congreso No 132 de 2007.

Gaceta del Congreso No 1210 de 2009

### **Recursos electrónicos**

<http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=10504904>

Universidad Autónoma del Estado de México Toluca, México.

[www.usergioarboleda.edu.co](http://www.usergioarboleda.edu.co) IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique. 20 años de vigencia del código contencioso administrativo colombiano, 2004 Bogotá.

### **Jurisprudencia**

#### **Corte Constitucional**

C-160 de 1999 MP MP Antonio Barrera Carbonell  
C-893 de 2001 MP Clara Inés Vargas Hernández  
C-713 de 2008 MP Clara Inés Vargas Hernández  
C-426 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil  
C-060 de 1993 M.P. Antonio Barrera Carbonell  
C-713 de 2008 MP Clara Inés Vargas Hernández.  
T-027 de 2007 MP Marco Gerardo Monroy Cabra.  
C-598 de 2011 MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub  
T-499 de 2004 MP Clara Inés Vargas  
T-213 de 2005 MP Álvaro Tafur Galvis,  
T-657 de 2004 MP Álvaro Tafur Galvis.  
C- 313 de 2003 MP. Álvaro Tafur Galvis  
C-742 de 1999 MP José Gregorio Hernández Galindo  
C-634 de 2011 MP Luis Ernesto Vargas Silva  
T-1160A de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.  
T-377 de 2000 MP Alejandro Martínez Caballero  
T-294 de 1997 MP Jose Gregorio Hernández Galindo  
T-457 de 1994 MP Jorge Arango Mejía  
T-276 de 2001 MP Clara Inés Vargas Hernández  
T-788 de 2001 MP Jaime Córdoba Triviño  
T-911 de 2001 MP Rodrigo Escobar Gil  
T-363 de 2002 MP Jaime Córdoba Triviño  
T-944 de 2004 MP Clara Inés Vargas Hernández  
T-213 de 2005 MP Álvaro Tafur Galvis  
T-1099 de 2005 MP Rodrigo Escobar Gil  
T-316 de 2006 MP Clara Inés Vargas Hernández.  
T-450 de 1994 MP Hernando Herrera Vergara  
T-304 de 1994 MP Jorge Arango Mejía

T-400 de 2008 MP Manuel José Cepeda Espinosa  
T-897 de 2007 MP Manuel José Cepeda Espinosa  
T-304 de 1994 MP Jorge Arango Mejía  
T-1175 de 2000 MP Alejandro Martínez Caballero  
T-051 de 2002 MP Eduardo Montealegre Lynett.

### **Consejo de Estado**

Consejero ponente: JUAN ANGEL PALACIO HINCAPIE Sección Cuarta Veintiséis (26) de junio de dos mil ocho (2008), Radicación número: 85001-23-31-000-2001-00466-01(15708,

Consejero ponente: JULIO ENRIQUE CORREA RESTREPO SECCION CUARTA junio diecinueve (19) de mil novecientos noventa y ocho (1998) Radicación: 8498.

Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA SECCION PRIMERA. Veinte (20) de septiembre de dos mil siete (2007) Radicación número: 13001-23-31-000-1995-12217-01

Consejero Ponente: Manuel Santiago Urueta Ayola Radicación No 3990.

### **Corte Suprema de Justicia**

Sala de Casación Laboral, Sentencia de 13 de octubre de 1999, Radicación No. 12221.

**TABLA DE CONTENIDO**

SUMARIO..... 1

INTRODUCCIÓN .....2

PARTE I.....2

INTRODUCCIÓN .....4

PARTE I.....4

Los recursos administrativos una expresión de la autotutela administrativa:  
una facultad que resulta de la posición privilegiada de la administración frente  
a los particulares ..... 14

    CAPÍTULO I..... 16

    La efectividad del autocontrol de las decisiones administrativas y su  
    desarrollo en la doctrina colombiana ..... 16

    SECCIÓN A..... 18

    Desarrollo de la autotutela administrativa: características que justifican su  
    establecimiento en el ordenamiento jurídico ..... 18

    Autotutela reduplicativa o de Segunda Potencia ..... 19

    SECCIÓN B..... 22

    Importancia del autocontrol de las decisiones administrativas para el  
    desarrollo del principio de buena gobernanza ..... 22

    CAPITULO II ..... 28

    Inactividad de la legislación colombiana en torno a la vía gubernativa... 28

    SECCIÓN A..... 29

    Desarrollo legislativo de los recursos administrativos como requisito de  
    procedibilidad en Colombia..... 29

    SECCIÓN B..... 39

    Posición jurisprudencial relativa al agotamiento de la vía gubernativa  
    como requisito de procedibilidad. Pronunciamientos previos a la  
    expedición de la Ley 1437 de 2012 ..... 39

PARTE II..... 46

Reafirmación del trámite del recurso de apelación como requisito de  
procedibilidad para acudir a la jurisdicción administrativa: ¿una expresión de

los propósitos del nuevo código administrativo y de lo contencioso  
administrativo? .....46

CAPÍTULO I.....49

Aspectos relevantes que debieron influir en la decisión de reproducir el  
requisito de procedibilidad en la Ley 1437 de 2011 .....49

SECCIÓN A.....50

La eliminación del requisito de procedibilidad: una tendencia en un Estado  
posmoderno .....50

SECCIÓN B .....54

El trámite de los recursos administrativos como requisito de  
procedibilidad: una herramienta que sirve al propósito de la descongestión  
judicial.....54

CAPITULO II .....57

Razones que desdibujan los propósitos del legislador con la expedición de  
la Ley 1437 de 2012 en lo pertinente a la obligatoriedad de agotar los  
recursos administrativos.....57

SECCIÓN A.....58

Coexistencia de dos requisitos de procedibilidad en la acción de nulidad y  
restablecimiento del derecho. ¿Una condena al fracaso de ambas  
herramientas? .....58

SECCIÓN B .....72

La reafirmación del trámite de los recursos administrativos como requisito  
de procedibilidad para acudir a la jurisdicción administrativa en la Ley  
1437 de 2011: una perspectiva de la garantía a la tutela judicial efectiva y  
el acceso a la justicia.....72

CONCLUSIÓN .....78

BIBLIOGRAFÍA.....79